SYLVETTE GUILLEMARD

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FACE AU CONTRAT DE VENTE CYBERSPATIAL

Thèse de doctorat
présentée en cotutelle
à la Faculté des études supérieures
de l'Université Laval
Québec

pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.)

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LAVAL
QUÉBEC

et

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
PARIS

JANVIER 2003

Résumé

Depuis une vingtaine d'années, les humains utilisent la technique numérique pour nouer des relations à l'occasion desquelles peuvent se créer des liens juridiques. Parmi ceux-ci, le contrat de vente occupe une place importante. Traditionnellement, lorsque les contractants relèvent d'ordres juridiques différents, leurs rapports sont régis par le droit international privé. Celui-ci permet de déterminer d'une part quelle autorité pourra éventuellement être appelée à trancher les litiges et d'autre part quelles règles de droit seront appliquées pour y apporter une solution. Ce travail de recherche vise à vérifier si les règles de droit international privé régissant les ventes classiques peuvent être transposées aux contrats de vente cyberspatiaux. En d'autres termes, il s'agit d'en vérifier l'utilité et l'efficacité dans un monde dématérialisé et qui ignore les notions de frontières et de territorialité.

Alain Prujiner, directeur

Catherine Kessedjian, directrice

Sylvette Guillemard, candidate

Résumé

Depuis une vingtaine d'années, les humains utilisent la technique numérique pour nouer des relations à l'occasion desquelles peuvent se créer des liens juridiques. Parmi ceux-ci, le contrat de vente occupe une place importante. Traditionnellement, lorsque les parties relèvent d'ordres juridiques différents, leurs rapports sont régis par le droit international privé qui détermine l'autorité compétente ainsi que les règles de droit applicable au contrat. Ce travail de recherche vise à vérifier si les règles de droit international privé régissant les ventes classiques peuvent être transposées aux contrats de vente cyberspatiaux. En d'autres termes, il s'agit d'en vérifier l'utilité et l'efficacité dans un monde dématérialisé qui ignore les notions de frontières et de territorialité.

Nous avons mis en parallèle les règles provenant des ordres juridiques québécois et français ainsi que celles issues des instruments internationaux élaborés en la matière. Cette optique comparatiste a permis de faire ressortir divergences et constantes, ce dont il faut nécessairement tenir compte afin de raisonner en termes aussi universels que possible, comme l'exige toute réflexion sur le cyberespace. Nous avons également mis en relief les particularités techniques du nouvel environnement, ce qui nous a permis de déceler les difficultés qu'il peut imprimer à l'institution contractuelle.

La tentative d'application des règles traditionnelles à la vente cyberspatiale, règles examinées en fonction du rôle attribué aux parties dans le mécanisme de rattachement, a permis de conclure que celles reposant sur la liberté contractuelle sont les plus adaptées à la vente cyberspatiale. Cependant le principe habituel en vertu duquel la liberté doit être limitée afin de protéger le contractant consommateur doit être profondément revu. La protection de l'adhérent, quelle que soit sa qualité, correspond mieux à la réalité cyberspatiale.

Les rattachements fondés la localisation terrestre d'éléments liés au contrat lui-même, comme sa conclusion ou son exécution, sont totalement inadaptés à la vente cyberspatiale. En revanche, les règles faisant appel à la localisation terrestre des cybernautes, comme le domicile ou l'établissement, si elles ne sont pas entièrement satisfaisantes, sont du moins relativement efficaces.

Alain Prujiner, directeur

Catherine Kessedjian, directrice

Sylvette Guillemard, candidate

Abstract

This research project inquires whether the private international law rules used for traditional sale contracts can be transposed into the context of sales concluded and performed in cyberspace. In other words, it sets out to consider the utility and efficiency of such rules in a virtual world, without borders, where the concept of territoriality has no relevance.

To examine this issue, rules and principles taken from the Quebec and French legal systems, as well as from international texts dealing with the topic, were compared. This comparative perspective revealed certain similarities, as well as a number of differences among Quebec, French, and international norms. Investigation of both similarities and differences is essential to any debate on cyberspace, which must be as universal as possible. The investigation also highlighted the principal technical characteristics of the virtual world, which in turn exposed certain difficulties that may be generated *vis-à-vis* the institution of the private contract.

The attempt to apply traditional rules related to jurisdiction and applicable law to sales in cyberspace led to a conclusion that, although not all of these rules are entirely satisfactory, rules relating to the residence or establishment of cyberspace users better fulfill the function of connecting factors than those linked to the localization of the conclusion or performance of the contract. The latter simply lack utility for relations in cyberspace.

More specifically, connecting factors arising from liberty of contract would appear to be the most effective for cyberspace sales. However, the principle according to which liberty of contract must be restricted in order to protect the consumer must be set aside since, *inter alia*, the «cyberconsumer» does not exist. Rather, there is a need for the elaboration of rules and principles that will protect any adhering party, irrespective of whether such party has any connection to traditional notions of a consumer.

Merci à Catherine Kessedjian et à Alain Prujiner.

À Yolande Dubé.

J'emprunte sa plume à Zola pour lui présenter mes excuses :
« Écoute, le travail a pris mon existence. Peu à peu, il m'a volé ma mère, ma femme, tout ce que j'aime. C'est le germe apporté dans le crâne, qui mange la cervelle, qui envahit le tronc, les membres, qui ronge le corps entier. Dès que je saute du lit, le matin, le travail m'empoigne, me cloue à ma table, sans me laisser respirer une bouffée de grand air; puis, il me suit au déjeuner, je remâche sourdement mes phrases avec mon pain; puis, il m'accompagne quand je sors, rentre dîner dans mon assiette, se couche le soir sur mon oreiller, si impitoyable, que jamais je n'ai le pouvoir d'arrêter l'œuvre en train, dont la végétation continue, jusqu'au fond de mon sommeil… »

L'Œuvre*, 1886*

Ce travail de recherche a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH)

Table des matières

Liste des tableaux

Liste des figures

Abréviations

A.C.	Appeal Cases (Royaume-Uni)
AFNIC	Association Française pour le Nommage Internet en Coopération
All. E.R.	All England Law Reports
A.U.I	Association des Utilisateurs d'Internet
B.C.C.A.	British Columbia Court of Appeal
B.C.S.C.	British Columbia Supreme Court
Boston University Int. L. J.	Boston University International Law Journal
B.R.	Cour du Banc du Roi ou de la Reine
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
C.A. ou C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
Cah. Drt. Europ.	Cahiers de droit européen
Cass.	Cour de cassation
C. com.	Code du commerce
C.c.f	Code civil (France)
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.C.I.	Chambre de commerce internationale
C.c.Q.	Code civil du Québec
C. de D.	Les Cahiers de Droit
CE	Communauté européenne
C.E.E.	Communauté économique européenne
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
C.Q.	Cour du Québec
CRDPCQ	Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec
C.S. ou C.S.Q.	Cour supérieure du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
D.	Recueil Dalloz
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
D.I.T.	Droit de l'informatique et des télécoms
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international
E.D.I.	Electronic Data Interchange
E.J.C.L.	Electronic Journal of Comparative Law
E.R.	English Reports
F.C.J.	Jugements de la Cour fédérale
F.E.C.	Forum européen de la communication
html	HyperText Mark-up Language
http	Hyper Text Transfer Protocol
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

Int'l Lawyer	The International Lawyer
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J.C.P. éd. E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
J.C.P. éd. G	Juris-Classeur périodique
J.C.P. éd. N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
J.-Cl. Dr. Eur.	Juris-Classeur Droit européen
J.D.I.	Journal du droit international
J.E.	Jurisprudence Express
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J. L. & Comm.	Journal of Law and Commerce
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
J. Online L.	Journal of Online Law
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.Q.	Lois du Québec
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.p.c.	Loi sur la protection du consommateur
N.c.p.c.f.	Code de procédure (France)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
O.I.C.	Organisation internationale des consommateurs
O.L.F.	Office de la Langue Française
P.A.	Les Petites affiches
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review
Pan.	Panorama de jurisprudence
pdf	Portable Display Format
POP	Post Office Protocol
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
R.C.S.	Recuei des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R. D. McGill	Revue de droit de McGill
R.D.S	Recueil Dalloz Sirey
R.D.U.	Revue du droit uniforme
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.E.D.C.	Revue européenne de droit de la consommation
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R. du B.	Revue du Barreau
R.G.D.A.	Revue générale du droit des assurances
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. D.I.P.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. int. pr.	Revue de droit international privé
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. tr. dr. com.	Revue trimestrielle du droit commercial

Rev. trim. dr. europ.	Revue trimestrielle de droit européen
R.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
S.	Recueil Sirey
S.C.R.	Supreme Court Reports
S.R.C.	Statuts refondus du Canada
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
S.W.	South Western Reporter
Tex. App.	Cour d'appel du Texas
Trav. Comité fr. D.I.P.	Travaux du comité français de droit international privé
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U.C.C.	Uniform Commercial Code
U.C.I.T.A.	Uniform Computer Information Transactions Act
URL	Universal Resource Locator
V.J.	The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.T.O.	World Trade Organisation
Yale L.J.	Yale Law Journal

Avertissement

La présentation matérielle de cette thèse respecte les règles imposées par la Faculté des Étude Supérieures de l'Université Laval, dont les exigences propres aux dépôts électroniques.

Les références sont citées conformément au *Manuel canadien de la référence juridique*•.

Toutes les traductions d'extraits en langues étrangères ont été effectuées par nos soins, sauf indication contraire.

• Scarborough, Carswell, 1998.

Introduction générale

Alors que durant plusieurs siècles, les acteurs des échanges internationaux sont principalement des « marchands », itinérants ou sédentaires[1], la fin de la seconde guerre mondiale marque un tournant dans les relations entre les hommes. Les simples particuliers commencent à se déplacer plus et à consommer davantage en raison de l'amélioration du pouvoir d'achat. Les occasions qu'ils ont d'acheter des biens auprès de commerçants étrangers, si elles augmentent, sont toutefois encore relativement limitées. Parallèlement à ce phénomène, du côté des commerçants professionnels, on note à partir de cette époque un net accroissement des échanges internationaux. Globalement, depuis une soixantaine d'années, les mouvements d'humains et de biens de part et d'autre des frontières s'intensifient. Lorsque « [l]es personnes voyagent, des relations commerciales se nouent d'un pays à l'autre. Dès lors apparaissent les problèmes de droit international privé »[2]. En effet, la pluralité des ordres juridiques souverains touchés par ces opérations qui dépassent le territoire national présente des embûches que le « droit de la diversité du Droit »[3] cherche à résoudre.

Il y a plus d'un siècle, Jean-Jacques Fœlix, présentant la pensée de Story, exposait le problème en ces termes :

---

[1] Les marchands sédentaires pouvaient « étendre le réseau de [leurs] affaires » au delà de leur assise géographique, notamment grâce au contrat de « commenda » par lequel ils avançaient des fonds à des marchands itinérants et profitaient des bénéfices à son retour. De plus, vers le XIVe siècle, une nouvelle structure apparaît : les « compagnies », appartenant à des marchands sédentaires qui « possèdent un ensemble de succursales et sont représentés à l'extérieur du siège principal où résident le ou les dirigeants par des employés salariés. » (J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986 à la p. 22).

[2] P. Mayer, *Droit international privé*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1998 à la p. 5.

[3] Formule utilisée par Phocion Francescakis pour décrire le droit international privé (Ph. Francescakis, « Le droit international privé dans le monde post-colonial – Le cas de l'Afrique noire», (1973) 100 J.D.I. 46 à la p. 50).

> Le premier principe général, en cette matière, résulte immédiatement du fait de l'indépendance des nations. «Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté de la juridiction dans toute l'étendue de son territoire». De ce principe il suit que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non; enfin, que ces lois affectent et régissent de même tous les contrats passés, tous les actes consentis ou perpétrés dans la circonscription de ce même territoire.
>
> […]
>
> Le second principe général, c'est qu'aucun État, aucune nation ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler des objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger les personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient soumises par le fait de leur naissance ou non. C'est là une conséquence du premier principe général: le système contraire qui admettrait à chaque nation le pouvoir de régler les personnes ou les choses se trouvant hors de son territoire, exclurait l'égalité des droits entre les diverses nations et la souveraineté exclusive qui appartient à chacune d'elles[4].

Toutefois, personne ne vit en autarcie et

> [l]a nécessité du bien public et général des nations a fait accorder, dans chaque État, aux lois étrangères, des effets plus ou moins étendus. Chaque nation a trouvé ses avantages dans ce mode de procéder. Les sujets de chaque État ont des rapports multiples avec ceux des autres États; ils sont intéressés dans des affaires traitées et dans des biens situés à l'étranger. De là découle la nécessité, ou du moins l'utilité pour chaque État, et dans le propre intérêt de ses sujets, d'accorder certains effets aux lois étrangères, et de reconnaître la validité des actes passés dans les pays étrangers, afin que ses sujets trouvent, dans les mêmes pays, une protection réciproque de leurs intérêts[5].

---

[4] J.-J. Fœlix, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843 aux pp. 12-13.

[5] *Ibid*. à la p. 14.

Chaque État, en raison de sa souveraineté, adopte ainsi ses propres règles de droit international privé lui permettant de régir, tant du point de vue juridictionnel que normatif, les relations, généralement reliées à son ordre juridique, présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité. « [L]a diversité des ordres juridiques qui est à la source du droit international privé »[6] entraîne dans son sillage une diversité de solutions utilisées pour résoudre ce que l'on nomme traditionnellement les conflits de juridictions et les conflits de lois.

À défaut d'évacuer totalement ce que Pierre Lalive décrit comme les « complications et […] injustices »[7] engendrées par les situations transnationales[8], le droit international privé s'est avéré jusqu'à maintenant une méthode efficace pour les atténuer.

Il y a presque une quarantaine d'années, l'apparition d'une nouvelle technique, permettant de communiquer par le biais d'ordinateurs, a encore modifié les possibilités d'échanges entre les hommes. C'est surtout depuis le début des années quatre-vingt-dix que les effets de cette révolution, comme il est fréquent maintenant de la nommer, se font sentir. La miniaturisation des composants et des équipements, la diminution de leur coût ainsi que les fruits de la recherche qui ont notamment permis de rendre les manœuvres plus faciles ont mis l'informatique à portée de tous. Grâce aux réseaux numériques[9], quiconque, à condition d'avoir accès à un ordinateur et à une ligne téléphonique, peut entrer en contact avec des interlocuteurs qui, en termes terrestres, sont situés à des milliers de kilomètres de lui.

---

[6] A. Prujiner, « Le droit international privé : un droit du rattachement » dans Ch. Dominicé, R. Patry et C. Reymond, dir., *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, 161 à la p. 162.

[7] P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé » (1977) II R.C.A.D.I. 1 à la p. 39.

[8] Nous préférons, dans le contexte, employer le terme « transnational » que « international » dans la mesure où il s'agit de relations privées, interindividuelles dont l'État est absent ou du moins où il n'est pas directement mis en cause. Voir à ce sujet A. Prujiner, *supra* note 6 à la p. 170. C'est dans le même esprit que Pierre Lalive parle d'odre public transnational (P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » (1986) Rev. arb. 329.) et Philippe Kahn d'espace et d'ordre juridique transnationaux (Ph. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » (1989) J.D.I. 305.)

[9] Nous prendrons soin, dans la deuxième partie de la thèse, de définir les termes et expression liés au cyberespace.

Les rencontres virtuelles, dématérialisées, peuvent donner lieu à une grande variété d'activités, qu'elles soient personnelles ou professionnelles et créent fréquemment des liens de droit.

Ces rapports entre personnes qui relèvent classiquement de divers ordres juridiques ne peuvent manquer de susciter la curiosité et de retenir l'attention des juristes versés dans le droit international privé. Pourtant, les protagonistes d'une relation cyberspatiale évoluent dans un environnement qui, en raison de ses caractéristiques techniques, ne relève d'aucune autorité et ignore les frontières. « Ce qui caractérise le cyberespace […] est l'absence de prise en compte possible de celui-ci en terme de souveraineté territoriale »[10], fondement même de l'existence du droit international privé. La discipline se sent donc sollicitée mais en même temps, elle n'y retrouve pas son cadre et ses repères habituels. En d'autres termes, alors que l'on pourrait penser que le droit international privé a en quelque sorte une vocation naturelle à régir ces relations, est-il vraiment apte à le faire? Telle est la question fondamentale qui a suscité notre intérêt.

Catherine Kessedjian constate que « [l]a réflexion sur la réglementation des activités économiques via Internet a pris ces dernières années une ampleur sans précédent, à la hauteur de la multiplicité, de l'internationalité et de la rapidité constatées sur la toile »[11]. Il faut admettre que les problèmes juridiques soulevés par ces activités ne manquent pas, qu'il s'agisse, par exemple, des difficultés liées à la propriété intellectuelle, de la protection de certains sujets de droit ou de la validité et de l'effet des informations transmises sous forme de message de données.

Le débat sur la place et l'efficacité du droit international privé dans le cadre de relations cyberspatiales, s'il est plus discret que celui portant sur des sujets moins

---

[10] J.-J. Lavenue, « Cyberespace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1996) 3 R.R.J. 811 à la p. 824.

[11] C. Kessedjian, « Aspects juridiques du *e-trading* : règlement des différends et droit applicable » dans L. Thévenoz et Ch. Bovet, dir., *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Stæmpfli, 2000, 65.

« abscons »[12], n'en est pas moins réel en raison de son extrême importance. Selon l'opinion de Lord Mustill que nous partageons, « [t]out échange contient un risque de litige »[13]. À cet égard, l'échange cyberspatial ne diffère certes pas de l'échange traditionnel. Or tout litige, actuel ou hypothétique, nécessite de pouvoir déterminer dans quel cadre – devant quelle autorité – et sur quelle base – en vertu de quelles règles – il sera tranché[14]. Ce besoin de sécurité du justiciable augmente au fur et à mesure qu'il s'éloigne de son cadre national, comme le souligne Pierre Lalive : « […] c'est une […] évidence qu'on ne rappellera jamais assez : les individus parties à une "relation internationale" ou désireux d'en établir une […] éprouvent un besoin de sécurité d'autant plus grand qu'ils ont en général conscience de s'aventurer dans l'inconnu, en sortant de leur propre ordre juridique »[15]. Le terme d'inconnu peut certainement s'appliquer au cyberespace, ne serait-ce qu'en raison de son aspect mystérieux, dû en grande partie à la dématérialisation des échanges.

Pourtant, ce débat est souvent décevant. La discussion est parfois écartée soit pour des raisons que l'on ignore, soit parce que, d'emblée, on préfère s'engager

---

[12] C'est ainsi qu'Alain Prujiner qualifie la discipline. (*Supra* note 6 à la p. 161).

[13] Lord M. Mustill, « Artibration : History and Background » (1989) 6 *Journal of International Arbitration*, 43, dans A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J., 1994 à la p. 2.

[14] Certains auteurs refusent d'envisager l'application du droit international privé dans le seul contexte conflictuel : « La désignation du droit applicable se complique, le plus souvent, de la désignation de l'autorité en charge des possibles conflits relatifs à l'opération observée. Dans les cas exceptionnels où il y a litige, il lui appartient, en effet, de désigner la règle applicable, au regard de laquelle elle devra apprécier sa propre intervention et, surtout, identifier et appliquer l'instrument de droit à l'origine du conflit et/ou objet de celui-ci.

Dans les cas ordinaires où il n'y a pas de litige, les parties auront, toujours, le même besoin de connaître la règle mais elles vont, curieusement, procéder comme si, à l'occasion d'un conflit qui, en l'espèce, n'existe pas, l'autorité en charge de ce règlement intervenait : "*Quel système l'autorité en charge de notre possible conflit désignerait-elle*?". La prégnance justicialiste de notre droit n'est pas indifférente à cette démarche et au fait que dans 100% des cas les opérateurs se demandent ce qui se passerati dans le 0.01% des cas où un contentieux se nouerait ». (J.-M. Mousseron *et al.*, *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2000 à la p. 82 [Les italiques sont dans le texte original]).

Dans le même esprit, Pierre Lalive donne quelques exemples d'activités non judiciaires ou non contentieuses des juristes œuvrant en droit international privé : rédaction des statuts de sociétés filiales d'un groupe international, rédaction d'un contrat de *joint venture*, conseil sur la validité d'une adoption internationale ou lors de la rédaction d'un testament (voir *supra* note 7 aux pp. 63-71).

Pour notre part, il nous semble que le besoin de sécurité est intimement lié aux notions d'incidents, problèmes ou conflits. Ainsi, dans les situations évoquées par Pierre Lalive, ne sent-on pas poindre, au delà de la science propre au juriste international, le souci de s'assurer que ces actes seront valides aux yeux des tiers et, en particulier, à ceux des instances, étatiques ou arbitrales, justement appelées à examiner et à trancher un différend? Quoiqu'il en soit, l'utilité du droit international privé atteint son paroxysme en cas de litige.

[15] *Supra* note 7 à la p. 69.

sur une autre voie, visant la reconnaissance d'un droit transnational et qui éviterait de « [s'égarer] sur les sentiers du droit international privé »[16]. Ainsi, pour Pierre Trudel, les utilisateurs du cyberespace, organisés en communautés, ont déjà développé des usages et des pratiques qui leur sont propres et ce, en marge de toute intervention étatique. Il fait alors un parallèle avec la *lex mercatoria*, qu'il décrit comme « la loi marchande médiévale et l'ensemble de règles que se donne la "communauté" des opérateurs du commerce international moderne »[17] et suggère l'existence ou du moins l'émergence d'une « *lex electronica* »[18].

Par ailleurs, lorsque la place du droit international privé dans les relations cyberspatiales est réellement examinée, le cadre et la méthode utilisés s'avèrent parfois peu satisfaisants pour deux raisons principales. D'une part, chacun a tendance à raisonner en termes locaux, c'est-à-dire en ne prenant appui que sur les règles issues de son propre ordre juridique, comme si celles-ci ou même les principes qui les sous-tendent étaient valables pour tous. D'autre part, il est rare que les avis émis tiennent réellement compte des caractéristiques techniques et des incidences qu'elles peuvent avoir sur les relations entre humains qui fréquentent le cyberespace. En d'autres termes, la nouveauté technique est plus souvent affirmée qu'expliquée. Pour les deux raisons principales que nous venons de mentionner, ces avis, ces réflexions s'interrogent plus sur la *façon* de changer les règles que sur les *raisons* justifiant des modifications ou, éventuellement, l'adoption de nouvelles normes. Il

---

[16] B. Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Fauvarque_B.pdf>, consulté le 29 juin 2002.

[17] P. Trudel *et al.*, *Droit du cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 3-54. Pour ces auteurs, « la théorie de la *lex mercatoria* moderne s'abreuve à la source de la loi marchande du Moyen Âge ». (*Ibid.*)

[18] *Ibid.* à la p. 3-57. Voir également, par exemple, É. Caprioli et R. Sorieul, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 2 J.D.I. 323; V. Gautrais, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998; D. R. Johnson et D. G. Post, « Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace », en ligne : <http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html> (consulté le 9 décembre 1997); J.-J. Lavenue, *supra* note 10.

nous semble que les solutions suggérées sur ces fondements, si elles sont loin d'être inutiles, risquent de mal résister au fil du temps[19].

Nous avons donc décidé de contribuer à la réflexion en nous limitant à un sujet, la vente. Nous l'avons choisi comme objet d'étude parce que le cyberespace est pour elle un terrain fertile. Ceux qui ont des biens à vendre n'ont jamais eu un aussi grand bassin de clients potentiels ni un moyen aussi efficace de les atteindre et ces derniers n'ont jamais eu, et de façon si accessible, tant de choix. « Qu'Internet ne soit plus la foire aux idées universitaires, célébrée au temps de sa création mais devienne chaque jour plus une foire commerciale n'est plus à démontrer »[20]. La vente cyberspatiale revêt actuellement une importance économique indéniable, bien qu'il soit extrêmement difficile de la chiffrer[21].

La vente présente également un attrait du point de vue juridique, car « [c]'est dans la vente que l'homme sent aujourd'hui le plus intensément l'acte de contracter »[22]. Jean-Marc Mousseron estimait que « [c]omme la roue, l'institution contractuelle est l'une des créations […] les plus simples de l'Humanité »[23]. Nous ne pensons pas que la technique numérique la dépouille de sa simplicité fondamentale mais le mode de formation des contrats, qui retiendra particulièrement notre attention, ainsi que leur exécution présentent indiscutablement des défis pour le droit,

---

[19] Pour Vincent Gautrais, certaines s'apparentent à du « “raccommodage” juridique ». (*Supra* note 18 à la p. 216).

[20] Y. Poullet, « Quelques considérations sur le droit du cyberespace », en ligne : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/droit-du-cyberspace.PDF> (consulté le 31 mars 2000).

[21] Voir à ce sujet É. Brousseau, « Commerce électronique : ce que disent les chiffres et ce qu'il faudrait savoir » (2000) 339-340 *Économie et Statistique* 147, à la p. 148, en ligne : <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/chiffres/comelec/tbce/doss/pdf/insee2.pdf>, consulté le 12 octobre 2002. L'auteur souligne que la plupart du temps, les études statistiques sur l'activité commerciale cyberspatiale reposent « sur des prévisions plutôt que sur des évaluations ».

En outre, les résultats des études menées par les observateurs du commerce électronique se révèlent « peu compatibles entre eux » (*ibid*.). Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les chiffres fournis par quelques bureaux de statistiques sur l'évolution mondiale du marché électronique inter-entreprises. Pour l'année 2002, par exemple, les montants évalués varient de 543 à 2061 milliards de dollars américains. (Voir « Chiffres-clés », *Le journal du Net*, 18 juin 2002, en ligne : <http://www.journaldunet.com/cc/04_ecommerce/ecom_btb_mde.shtml>, consulté le 12 octobre 2002). C'est pourquoi lorsque nous mentionnerons des chiffres liés au commerce électronique, nous ne le ferons qu'à titre indicatif.

[22] J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8[e] éd., Paris, L.G.D.J., 1995 à la p. 320.

spécialement pour le droit international privé. Le contrat de vente, à notre avis, permet donc de faire ressortir les difficultés tant juridictionnelles que normatives liées au nouvel environnement.

Notre étude repose donc sur deux composantes qu'il s'agira de confronter, le droit international privé d'une part, de l'autre le contrat de vente cyberspatial. Un auteur les présente ainsi de façon légèrement sarcastique :

> D'un côté, l'obscurité, l'enchevêtrement inextricable de normes et de méthodes, la science des broussailles savamment entretenue depuis le Moyen Âge. De l'autre, la lumière, l'éblouissement que suscitent les nouvelles technologies, la simplicité d'accès et d'utilisation. […] D'un côté le droit international privé classique dont l'objet est de déterminer la loi applicable ainsi que la juridiction compétente; de l'autre, les réseaux.[24]

Nous tenons à signaler d'emblée que, pour notre part, nous n'entendons pas faire l'apologie du monde virtuel ou prononcer une condamnation envers le cyberespace, l'internet ou le Web. Force est de prendre acte cependant, sans passion, sans parti pris, qu'ils font partie de la vie contemporaine, au même titre que l'électricité, l'automobile ou l'imprimé.

L'étude des règles régissant le rattachement juridictionnel et normatif des contrats de vente traditionnels, leur compréhension, l'observation de leur variation dans l'espace comme dans le temps constitueront la première assise de notre réflexion (partie 1). Puisque ce sont ces règles dont nous testerons l'efficacité dans le cadre des relations cyberspatiales, qui serviront en quelque sorte d'étalon, il nous a semblé indispensable de leur consacrer la première partie. D'autant plus, ce qui ajoute à la complexité de la question fondamentale que nous nous posons, qu'elles

---

[23] J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1998 à la p. 17. L'auteur employait l'expression au sens large, non dans le sens de « donation par contrat de mariage ».

[24] B. Fauvarque-Cosson, *supra* note 16.

ne sont pas universelles mais varient d'un ordre juridique à un autre, en raison de leur source nationale.

Comme il est impossible et qu'il serait présomptueux de chercher à passer en revue tous les ordres juridiques éventuellement appelés à régir une vente cyberspatiale, nous avons dû effectuer des choix. Le cadre universitaire de cette étude, nous rattachant à deux pays, offre une occasion idéale pour explorer les normes provenant de ces deux horizons. Puisant essentiellement dans l'ordre juridique québécois et dans le droit français[25], nous mettrons en parallèle leurs règles de droit international privé afin de faire ressortir constances et divergences en ce qui a trait aux facteurs de rattachement, aussi bien juridictionnels que normatifs. Nous accroîtrons notre champ de recherche au-delà du droit québécois et du droit français en étudiant les instruments internationaux pertinents. Nous n'entendons pas nous limiter aux textes en vigueur car plusieurs de ceux qui ne le sont pas méritent cependant qu'on s'y arrête dans la mesure où il est possible qu'ils alimentent la réflexion. De plus, quelques uns ont servi de source au législateur québécois lors de la réforme du Code civil en 1994[26].

Dans un premier temps nous étudierons les facteurs de rattachement fondés sur le principe de la liberté contractuelle (chapitre I), soit la clause de juridiction, qu'elle désigne un tribunal étatique ou un tribunal arbitral, et la clause de choix de loi. Parler de liberté oblige à en vérifier l'étendue. Nous ne manquerons donc pas de porter une attention particulière à ses limites ainsi qu'aux sujets à qui elles profitent. Ensuite, nous nous tournerons vers les facteurs de rattachement que nous qualifierons d'objectifs ou subsidiaires (chapitre II), c'est-à-dire ceux utilisés lorsque les parties n'auront pas elles-mêmes désigné contractuellement une autorité compétente ou une loi applicable à leur contrat.

---

[25] Qui dit ordre juridique français dit également ordre juridique européen en certaines occasions, que nous ne manquerons pas de souligner au cours de cette étude.

[26] Le *Code civil du Bas-Canada*, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1993, comportait au total 5 articles régissant les rapports transnationaux. Depuis le 1er janvier 1994, un livre entier du *Code civil du Québec* leur est consacré.

Cette comparaison entre des règles de provenance variée est très importante car elle permet de mettre en lumière la diversité des solutions apportées à des questions identiques. La prise de conscience des particularités propres à chaque ordre juridique et la recherche de traits communs nous paraissent nécessaires pour fonder une réflexion la plus globale possible comme le nécessite celle sur les problèmes de droit international privé liés aux contrats de vente cyberspatiaux[27].

La partie suivante sera consacrée à l'autre composante de notre étude, les « nouvelles » opérations contractuelles qui retiennent notre attention (partie 2). La nouveauté nous impose de présenter en premier lieu l'environnement dématérialisé dans lequel elles ont lieu (chapitre I). À cette fin, après avoir exposé les aspects techniques les plus pertinents à notre propos et en en faisant un bref historique, nous nous pencherons sur la question de la nature du cyberespace, dont la réponse a des conséquences importantes dans notre discipline. En effet, si les réseaux numériques sont assimilables à un moyen de communication, pour les fins du droit international privé, ils pourront être considérés au même titre que le téléphone et leur nouveauté n'aura vraisemblablement que peu d'impact sur le traitement des contrats de vente par notre discipline. En revanche, si les réseaux entraînent la création d'un espace inconnu jusqu'ici, un espace virtuel, le lien entre les divers éléments du contrat – qu'il s'agisse de personnes qui y sont parties ou des opérations contractuelles elles-mêmes – et un territoire terrestre s'imposera peut-être avec moins d'évidence. Cette difficulté de localisation risque de perturber le droit international privé. Passant en revue les arguments qui peuvent militer en faveur de l'une ou de l'autre des qualifications – moyen de communication ou espace –, nous déterminerons celle qui nous semble la plus exacte.

La présentation du contexte dans lequel ils s'inscrivent nous mènera ensuite aux contrats de vente cyberspatiaux eux-mêmes (chapitre II). Les premiers développements de ce chapitre porteront sur les parties, les contractants. Nous les

---

[27] En outre, mentionnons qu'à notre connaissance, depuis que le Québec s'est doté de nouvelles règles de droit international privé, elles n'ont jamais fait l'objet d'une comparaison pareille.

décrirons, c'est-à-dire que nous chercherons à déceler qui sont les acteurs du commerce cyberspatial tout en vérifiant s'ils présentent les caractéristiques habituelles, connues de ceux du commerce traditionnel. Nous présenterons également à cette occasion les divers types de relations commerciales, en prenant en considération les ventes auxquelles participent des professionnels, que ce soit entre eux ou avec de simples particuliers[28]. Cette partie se terminera par l'étude des principales difficultés juridiques que peut poser le contrat de vente cyberspatial et qui intéressent le droit international privé, difficultés, rappelons-le, liées à la technique numérique. Il en va ainsi en particulier du mode de formation du contrat, de la localisation spatio-temporelle de sa conclusion et, parfois, de son exécution lorsqu'il porte sur des biens non tangibles. Nous ne faisons pas ici allusion à des biens non tangibles par essence, comme l'électricité mais plutôt à ceux qui sont intimement liés à la technique, comme les logiciels ou bien ceux que la technique permet de transformer en données numériques, comme des livres. La forme du contrat retiendra également notre attention puisque le droit n'avait jamais été confronté à des accords exprimés sous forme de donnée numériques, ne connaissant que le support papier ou éventuellement la parole humaine.

Finalement, la dernière partie (partie 3) sera le lieu de rencontre des deux « protagonistes » à la base de notre réflexion, puisque nous y confronterons les règles de rattachement étudiées dans la première partie aux nouvelles relations présentées dans la seconde. Afin de mener le plus parfaitement possible l'évaluation, nous reprendrons un plan identique à celui de la première partie, c'est-à-dire que nous nous interrogerons en premier lieu sur l'impact du cyberespace en matière de liberté contractuelle (chapitre I). Nous vérifierons si elle doit ou peut tenir la même place que dans le cadre de relations traditionnelles et nous nous demanderons si les limites qui lui sont habituellement imposées sont justifiées. En particulier, nous nous demanderons si la partie faible qu'entendent protéger ces limites existe dans le cadre de la vente cyberspatiale. Nous nous pencherons ensuite sur l'effet du monde virtuel

---

[28] Nous excluons de cette recherche les ventes entre particuliers car, outre le fait qu'elles sont actuellement peu importantes par rapport à celles que nous avons retenues, elles ne présentent pas le même intérêt en regard de

sur les facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs (chapitre II). Nous reprendrons un à un ceux que nous avons étudiés dans la première partie et essaierons de les appliquer à un contrat de vente cyberspatial. Ainsi, nous pourrons nous prononcer sur leur utilité ou leur efficacité.

Dans le cadre de cette dernière partie, lorsque nous constaterons une inadaptation des règles traditionnelles aux relations cyberspatiales, nous tenterons des ébauches de solution ou, tout au moins, nous indiquerons la voie dans laquelle devrait s'orienter la réflexion afin d'apporter des correctifs adéquats.

---

notre cadre d'analyse.

Partie 1 – Le contrat de vente transnational et les facteurs de rattachement

Introduction

Vérifier si les règles traditionnellement utilisées conviennent à un nouvel environnement, à une nouvelle façon de commercer, impose en premier lieu de se pencher sur ces règles. Même s'il est désormais banal d'affirmer, à la suite de Jean Carbonnier, que « le droit est variable dans le temps, comme du reste dans l'espace »[29], l'exposé qui suivra est justifié par cette double constatation.

La variation dans l'espace se révèle pleinement lorsque, comme nous l'avons choisi, une recherche aborde divers ordres juridiques. L'« antinomie fondamentale du droit international privé »[30] , international par son objet mais largement national par ses sources, si elle surprend le néophyte, a pour nous deux conséquences importantes. D'une part, si le juriste d'un pays donné qui s'intéresse à la matière connaît les règles issues de son propre ordre juridique, on ne peut lui tenir rigueur d'en ignorer d'autres puisqu'elles ne lui sont pas nécessaires. Par ailleurs, les solutions élaborées par les diverses entités souveraines sont souvent divergentes, voire contradictoires.

Il nous semble donc intéressant de mettre en parallèle les règles des ordres juridiques choisis afin d'en faire ressortir les points communs ainsi que les originalités ou les spécificités, tout en étudiant les solutions proposées par les textes internationaux, applicables dans ces ordres juridiques, qui visent justement à aplanir ces disparités.

---

[29] J. Carbonnier, *supra* note 22 à la p. 10.

[30] B. Audit, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Économica, 2000 à la p. 4.

La variation dans le temps ne peut manquer de nous intéresser puisque c'est précisément l'apparition récente d'un nouvel environnement qui constitue le germe de toute notre réflexion. C'est pourquoi, plutôt que de nous attarder au « comment » de chaque règle, nous essayerons plus de faire ressortir le « pourquoi ». Il n'est pas nécessaire de remonter très loin pour constater que le droit international privé est riche en théories et en remises en question. L'abandon de certains concepts et l'affirmation de nouvelles théories au XXe siècle sont dus à l'accroissement des échanges internationaux, en particulier depuis une soixantaine d'années. L'augmentation en nombre joue un rôle dans cette évolution mais nous verrons que la modification des moyens de communication et de transport ainsi que la nouveauté de la nature de certains biens ont mis le droit en face de réalités inconnues ou rares jusque là et l'ont obligé à s'adapter.

Plutôt que de présenter *a priori* les règles, comme cela se fait le plus souvent, en fonction de leur objet – « conflit de juridiction », « conflit de lois » – nous avons préféré mettre l'accent sur le rôle attribué aux contractants dans la détermination des règles applicables car ce rôle revêt une importance particulière lors des relations contractuelles, surtout dans le monde du commerce international. La présente partie comporte donc deux chapitres, l'un portant sur les facteurs de rattachement fondés sur la liberté contractuelle (chapitre I) et le second sur les facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs (chapitre II). C'est en fonction de ces deux angles d'observation que nous étudierons le rattachement juridictionnel et le rattachement normatif.

Nous devons ici nous expliquer sur un choix terminologique. Parlant de droit international privé, la plupart des auteurs utilisent les expressions « conflit de juridictions » et « conflit de lois ». À l'instar de Pierre Lalive et d'Alain Prujiner, nous préférons réfléchir en termes de « rattachement juridictionnel » et de « rattachement normatif ». Ces termes décrivent mieux, à notre avis, le mécanisme même de la

matière, tout en évitant « une perspective fausse et trompeuse »[31] puisque, sauf dans quelques cas très rares, il n'y a pas à proprement parler de lutte concurrente entre les ordres juridiques en présence[32]. Confronté à un dossier, à une affaire pouvant mettre en cause divers ordres juridiques, « [a]vant d'appliquer une norme, d'établir une juridiction, il faut rattacher la situation à régir à cette norme, à cette juridiction. C'est cela le véritable rôle du droit international privé »[33].

Pour terminer, mentionnons que bien que notre étude porte sur les contrats de vente transnationaux, il est impossible de s'en tenir uniquement à cette catégorie fort délimitée sur le plan juridique. Les règles applicables au contrat de vente transnational se situent à l'extrémité d'une pyramide. La vente internationale reste évidemment une vente même si elle présente des caractéristiques particulières; le contrat nommé qu'est la vente fait partie de la famille des obligations contractuelles à caractère patrimonial, elle-même relevant de la catégorie plus vaste des obligations contractuelles qui constituent la base de la pyramide. Il y a donc un tronc commun entre le premier et celles-ci. Les règles générales sont par conséquent fréquemment pertinentes à notre sujet.

---

[31] A. Prujiner, *supra* note 6 à la p. 168.

[32] Dans le même sens, Pierre Lalive refuse les expressions « conflit de lois, règle de conflits ». Pour lui, le terme « rattachement » a « le double avantage d'être plus “neutre” et plus exact ». (*Supra* note 7 à la p. 101.)

[33] A. Prujiner, *supra* note 6 à la p. 168.

Chapitre I. Les rattachements fondés sur la liberté contractuelle

Portalis observait que « les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse […]. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique »[34]. La liberté fondamentale, en la matière, permet aux individus de choisir de se lier contractuellement ou non. Lorsqu'elles choisissent de contracter, même s'il leur impose certaines limites, le droit permet aux parties d'établir volontairement la teneur de leur contrat, qui jouera alors le rôle de loi entre elles[35]. La latitude ainsi reconnue aux contractants est habituellement désignée par une expression générale, l'autonomie de la volonté[36]. Nous préférons, à l'exemple de Marie-Thérèse Calais-Auloy, « distinguer le principe de l'autonomie de la volonté (volonté créatrice de droit) […] de la liberté contractuelle (les parties peuvent choisir les termes de leur contrat) »[37], la seconde découlant de la première. Puisque notre sujet se situe principalement en aval du stade de la

---

[34] J.-É.-M. Portalis, « Discours préliminaires sur le projet de Code civil » dans *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Centre de philosophie politique et juridique, 1989 aux pp. 48-49.

[35] Le *Code civil* français, à l'article 1134, est très clair à cet égard : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le *Code civil du Québec*, pas plus que son prédécesseur, le *Code civil du Bas-Canada*, ne comporte de disposition semblable. Maurice Tancelin pense que « les codificateurs de 1866 n'ont pas retenu cette comparaison [entre le contrat et la loi] parce qu'ils ne partageaient pas le culte de la loi, qui est une caractéristique de la philosophie politique française léguée par la Révolution de 1789, philosophie différente sur ce point-là de celle de la common law ». (M. Tancelin, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 à la p. 168.) Même s'il est moins explicite que le code français, le *Code civil du Québec* renferme cependant un principe identique dans ses dispositions sur la force obligatoire des contrats (art. 1434 à 1439).

Lorsque le contexte le permettra, le Code civil français sera par la suite désigné par les initiales C.c.f. et le *Code civil du Québec* par C.c.q.

[36] Voir notamment B. Audit, *supra* note 30; M. de Boisséson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN, 1990; A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993; C. Kessedjian, *supra* note 11; P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », (1986) 196 R.C.A.D.I. 13; É. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé » dans É. Loquin et C. Kessedjian, dir., *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, 91; L. Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1992) 37 R.D. McGill 448; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2001; J. Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6e éd., Paris, Dalloz, 1993; J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code Civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 801.

[37] M.-T. Calais-Auloy, « L'importance de la volonté en droit » (1999) 243 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002). Dans le même sens, voir M. Tancelin, *supra* note 35 à la p. 39.

formation du contrat, où, par conséquent, l'autonomie de la volonté s'est pleinement exercée, c'est la liberté contractuelle qui retiendra notre attention.

L'aptitude de se doter de sa propre loi joue un grand rôle en droit international privé. Elle favorise même l'essor des échanges transnationaux comme le faisait remarquer Jerzy Jodlowski dans son cours à l'Académie de droit international[38]. Grâce à la liberté contractuelle, les parties à un contrat international peuvent chercher à résoudre les deux grandes questions en la matière : quelle autorité sera susceptible de trancher le litige, si nécessaire, et quelle loi régira le contrat?

Certains auteurs semblent faire une distinction importante quant aux sources entre deux types de rattachements normatifs. Ainsi, pour Georges-René Delaume, il y aurait d'un côté ceux « demandés aux règles nationales et impératives de conflits » et en opposition à ceux-ci, ceux reposant sur « la seule volonté des personnes »[39]. Pourtant, lorsque le *Code civil du Québec*, par exemple, indique à son article 3111: « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte », il s'agit bien d'un rattachement indiqué par la règle nationale – bien que non impérative – de « conflits de lois », pour reprendre les termes du Titre Deuxième du Livre consacré au droit international privé. Comme l'écrit Antoine Kassis,

> [s]i la volonté ne peut pas, *proprio vigore*, constituer le fondement d'un rattachement objectif tel qu'en nécessite toute règle de conflit, elle constitue bien un tel fondement si une règle de droit du for l'investit d'un tel pouvoir. Que le choix se fasse par un acte juridique volontaire et non par un acte matériel de localisation n'empêche pas

---

[38] J. Jodlowski, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », (1974) III R.C.A.D.I. 475 notamment à la p. 489.

[39] G.-R. Delaume, « L'autonomie de la volonté en droit international privé » (1950) 39 Rev. crit. D.I.P. 321.

> que cet acte juridique, fondé sur une règle de droit, opère bien un rattachement[40] .

À notre avis, la conclusion s'impose également en matière de rattachement juridictionnel. C'est justement à propos de ce rattachement que nous commencerons par étudier le rôle de la liberté contractuelle, en en faisant ressortir d'abord le principe puis les limites (section 1). Nous suivrons exactement la même démarche en ce qui a trait au rattachement normatif (section 2). En somme, nous nous demanderons quel est le rôle et surtout l'étendue de la volonté individuelle en matière de compétence juridictionnelle et en matière de compétence normative dans les affaires à caractère patrimonial. Cela sera l'occasion d'exposer et de comparer l'importance que les législateurs communautaire, français et québécois, ainsi que les textes internationaux donnent à ce rôle tout en faisant une large place à la vision prétorienne de la question.

L'objectif premier des développements qui suivent est de tracer à grands traits les mécanismes qui permettent de répondre aux deux grandes questions des sujets impliqués dans une relation d'affaire internationale de type traditionnel. Puisque, par la suite, nous nous demanderons si les réponses apportées par le droit international privé sont adaptées à la nouvelle façon de mener à bien des opérations commerciales dans le cyberespace, il nous semble opportun de ne relever que les points qui, comme il apparaîtra plus loin, risquent de poser des problèmes particuliers dans le nouvel environnement. C'est pourquoi, délibérément, nous ne traiterons pas de certaines questions[41]. En outre, plus que de disséquer toutes les facettes des règles, des principes et des exceptions, c'est l'évolution globale de ces mécanismes qui retiendra notre attention.

---

[40] *Supra* note 36 à la p. 203. Dans le même sens, pour Paul Lagarde, « l'autonomie de la volonté a aujourd'hui par elle-même une fonction de rattachement, indépendante de la localisation objective du contrat. » (*Supra* note 36 à la p. 62.)

[41] Comme, par exemple, la doctrine de la *Kompetenz-Kompetenz* ou la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage.

<u>Section 1 – Le rattachement juridictionnel</u>

Hélène Gaudemet-Tallon rappelle qu'il y a plus de 2000 ans, Platon disait : « Regardons donc comme le tribunal le plus compétent celui que les parties se seront donné à elles-mêmes, en choisissant d'un commun accord leurs juges »[42]. De nos jours, cette exhortation est-elle suivie? Dans les ordres juridiques qui nous intéressent, elle l'est généralement : la liberté contractuelle peut s'exercer dans le domaine juridictionnel[43]. On sait que les commerçants ont tendance à préférer s'adresser à des arbitres plutôt qu'à des tribunaux étatiques. Il faut donc distinguer deux types de clauses[44] : celles qui donnent compétence à un juge – que nous désignerons par le vocable québécois d' « élection de for »[45] (1) – et celles qui prévoient l'intervention d'un arbitre, soit les conventions d'arbitrage ou clauses compromissoires (2).

1. L'élection de for

Le principe général permet aux parties à un contrat de désigner un tribunal étatique différent de celui qui serait autrement compétent, c'est-à-dire que le choix

---

[42] Platon, *Les Lois*, Livre VI, p. 130, § 767*b*. Collection Guillaume Budé. Traduction Edouard Des Places, dans H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965 à la p. 1.

[43] Notre étude ne portera que sur l'une des facettes couvertes par ce que les auteurs appellent « les conflits de juridiction ». En effet, nos propos, dans le cadre de cette recherche, ne traiteront que du *rattachement juridictionnel* que l'on pourrait qualifier de strict c'est-à-dire qu'ils ne s'intéresseront qu'à la recherche de l'autorité compétente pour trancher un litige entre cocontractants. Ainsi, nous n'aborderons pas l'autre question que visent habituellement les « conflits de juridiction », la reconnaissance des jugements étrangers.

[44] Nathalie Coipel-Cordonnier, dans sa thèse consacrée aux conventions d'arbitrage et d'élections de for en droit international privé, propose, afin de désigner l'ensemble de ces conventions, une expression qu'elle présente comme une grande nouveauté, « les conventions de juridiction ». (N. Coipel-Cordonniers, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999 à la p. 12.)

Le terme « juridiction », dans le cadre de notre recherche, ne peut pas être pris dans un sens étroit, c'est-à-dire celui ne désignant qu'une autorité étatique. Ce serait oublier une autre de ses acceptions soit l' « [a]ppellation donnée à un tribunal arbitraire statuant en matière d'arbitrage international ». (G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001 à la p. 494.)

[45] L'expression est unanimement adoptée au Québec alors qu'en France, on parle volontiers de « prorogation de juridiction ». Toutefois, comme le fait remarquer Hélène Gaudemet-Tallon, dans la littérature juridique française « [l]a terminologie est incertaine [puisque] on parle aussi d' "élection de for", de "convention de for", de "soumission de juridiction" ». (H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42). On rencontre en outre « prorogation [volontaire] de juridiction ». Toutes ces expressions désignent le fait pour les parties d'attribuer volontairement compétence à un tribunal. À l'inverse, on parle aussi de « dérogation [volontaire] de for », acte par lequel les parties retirent sa compétence à une autorité. Pour notre part, nous n'insisterons généralement pas sur cette distinction car l'une est le pendant de l'autre.

par les parties attribue compétence à un tribunal qui ne l'aurait peut-être pas en vertu des rattachements objectifs[46]. Dans un premier temps, nous vérifierons dans quelle mesure les parties peuvent exercer une influence sur la compétence, c'est-à-dire qu'après en avoir exposé le principe, nous rechercherons quelles sont les conditions de forme et les conditions de fond que doit remplir l'élection de for (1.1). Examiner les conditions d'un acte juridique comme nous le ferons alors oblige évidemment à en cerner l'étendue et donc, par conséquent, à constater que sous certains aspects, cette étendue comporte des balises. Par la suite, nous nous pencherons sur les limites non plus à l'intérieur du cadre de l'exercice de la volonté mais sur l'exercice lui-même. Autrement dit, nous rechercherons les situations où les parties ne peuvent déterminer elles-mêmes la juridiction compétente (1.2)[47]. Pour terminer, nous nous interrogerons sur les effets des clauses d'élection de for. Cela permettra d'en vérifier l'efficacité et par delà, l'utilité (1.3).

---

[46] Nous préférons parler du tribunal « autrement compétent » ou « non compétent en vertu des rattachements objectifs » plutôt que d'utiliser la formule d'Hélène Gaudemet-Tallon qui étudie « la prorogation au profit d'un tribunal ressortissant à un ordre étatique différent de celui auquel appartient le tribunal normalement compétent », comme si la liberté contractuelle et son exercice étaient « anormaux ». (*Supra* note 42 à la p. 186. [Nous soulignons]). Dans le même esprit, Nathalie Coipel-Cordonnier écrit que « pour assurer l'exécution des conventions de juridiction, le juge saisi doit admettre une modification de la juridiction que lui attribuent les règles normales de compétence ». (*Supra* note 44 à la p. 67. [Nous soulignons]). Nous ne pouvons que déplorer de telles formules laissant croire que l'exercice de la liberté contractuelle relève de l'anomalie. Cela est d'autant plus erroné que non seulement n'est-il pas en dehors de la norme ni exceptionnel mais au contraire tout à fait admis par le droit en tant que principe et largement répandu.

[47] Nos lectures nous portent à constater qu'il est extrêmement difficile de classer les différentes facettes des clauses de juridiction dans des catégories connues tranchées et hermétiques. Ainsi la licéité est intimement liée aux conditions auxquelles elles peuvent être soumises. Quant aux conditions, la frontière entre la forme et le fond est souvent fragile. On peut lire dans l'un des derniers documents émis par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye : « Les clauses d'élection de for peuvent être déclarées nulles pour divers motifs relevant du terme générique de validité de fond, dont on peut supposer qu'il recouvre tout ce qui n'est pas jugé formel. Le problème alors soulevé est qu'une question de fond dans un pays ne sera pas considérée comme telle dans un autre, et cette catégorie en devient donc quelque peu difficile à définir ». (Conférence de La Haye de droit international privé, « Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire », Document préliminaire no 18 Février 2002, établi par Avril D. Haines, en ligne : <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html>, consulté le 6 mai 2002).

Pour résoudre le problème, Nathalie Copiel-Cordonnier propose par un raisonnement compliqué, peut-être à l'image du problème soulevé, une répartition des questions entre « licéité de principe » et « admissibilité ». De plus, elle insiste sur le caractère essentiel de la distinction entre « la formation » et « l'admissibilité ». (Voir *supra* note 44, en particulier aux pp. 38-57). Ne réussissant pas à suivre cet auteur dans cette voie, pour les parties 1.1 et 1.2., nous préférons nous inspirer librement du plan d'Hélène Gaudemet-Tallon (*supra* note 42). Nous sommes évidemment consciente de l'artifice de ce plan, dans la mesure où qui dit conditions, dit évidemment limites.

1.1 Les parties peuvent avoir une influence sur la compétence judiciaire

Nous commencerons par examiner dans les principaux ordres juridiques qui nous intéressent, le droit québécois, le droit communautaire et le droit français, la façon dont le principe de l'influence des parties sur la compétence judiciaire[48] est admis, tant par les législateurs que la jurisprudence, en faisant état des opinions doctrinales sur la question (1.1.1). Ensuite, nous vérifierons si la volonté des parties en la matière peut s'exprimer sous n'importe quelle forme ou si elle doit respecter certains critères (1.1.2). Finalement, nous passerons en revue les conditions de fond (1.1.3).

1.1.1 Admission du principe

Commentant l'arrêt phare français en la matière, *Cie de signaux et d'entreprises électriques*[49], deux auteurs résument parfaitement la situation en quelques mots: « On s'accorde, en général, sur la très grande utilité pratique des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international. Grâce à elles il est, en effet, possible de diminuer sensiblement l'insécurité inhérente à l'absence d'organisation de la société internationale »[50]. La clause d'élection de for est tellement utile qu'elle est devenue, d'après Catherine Kessedjian, « très courante dans les contrats internationaux à tel point que l'on ne devrait plus s'interroger, semble-t-il, sur le principe de sa validité »[51].

Si le principe de la liberté contractuelle, permettant aux parties de se soustraire à la compétence de l'autorité autrement désignée par les règles de

---

[48] La phrase est inspirée d'Hélène Gaudemet-Tallon (*supra* note 42).

[49] Cass. civ. 1re ch., 17 décembre 1985, *Cie de signaux électriques* c. *Sorelec*, (1986) Rev. crit. D.I.P. 537 (note H. Gaudemet-Tallon), D. 1986. Inf. rap. 265 (obs. B. Audit).

[50] B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2001 à la p. 661.

[51] Conférence de La Haye de droit international privé, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 7, avril 1997 (Rapport établi par Catherine Kessedjian), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm_dp7.doc> (consulté le 20 février 2001).

« conflits », est admis, cela ne s'est pas fait sans réticence. En premier lieu, en raison du mécanisme du droit international privé, de l'autorité saisie dépend la règle applicable au fond du litige si les parties ne l'ont pas désignée elles-mêmes. Or, « [i]l paraît choquant que les parties, en choisissant leur juge, puissent ainsi déterminer, indirectement sans doute, mais déterminer quand même, la loi applicable à leur litige »[52]. L'argument, rapporté par Hélène Gaudemet-Tallon et auquel elle n'adhère pas, appelle une réponse qui nous semble évidente. Les parties ayant très généralement le choix de désigner la loi applicable à leur relation, qu'elles le fassent directement par la clause de choix de loi ou indirectement par la clause d'élection de for ne change pas grand chose au principe universellement respecté, dans la mesure où ces choix ne constituent pas une fraude.

D'autre part, s'appuyant sur le fait que la justice est un attribut essentiel de la souveraineté étatique, « c'est de façon très ferme que M. Francescakis estime que la compétence judiciaire internationale ne doit pas dépendre de la volonté des parties »[53]. Ici aussi, on peut réfuter l'argument, fondé sur le fait que les lois de compétences seraient d'ordre public et « offriraient le caractère de règles de droit public »[54]. Hélène Gaudemet-Tallon fait remarquer qu'il est douteux que les lois de compétence soient « toutes inéluctablement d'ordre public », même si, ce qui est également douteux, elles relèvent du droit public. En outre, il est normal de faire une place de plus en plus importante à la volonté individuelle puisque « [l]'évolution du droit international confirme cette prééminence de l'intérêt des individus sur celui des souverainetés étatiques »[55].

Parmi les avantages qui militent en faveur de l'élection de for, mentionnons en premier lieu l'élimination de l'incertitude des parties. En outre, la détermination préalable de l'autorité empêche le *forum shopping*, mécanisme qui, en plus de

[52] H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42 à la p. 133.

[53] *Ibid*. à la p. 139.

[54] *Ibid.* à la p. 138.

[55] *Ibid.* à la p. 142.

contribuer à l'incertitude, même s'il s'inscrit dans un cadre tout à fait légal, favorise le demandeur.

Bien sûr, lors du choix de la juridiction, chaque partie aura tendance à vouloir désigner son tribunal national. Les avantages sont évidents, parmi lesquels l'accès facile et moins coûteux, la confiance et la connaissance des institutions et de leurs procédures, la familiarité de la langue. Afin de concilier leurs désirs incompatibles, les deux parties en viennent souvent à choisir d'un commun accord un for neutre qui présente éventuellement des inconvénients identiques pour elles tout en ne favorisant pas l'une d'entre elles.

En droit québécois, la clause d'élection de for est clairement prévue et autorisée par le Code civil :

> Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants : […]
>
> 4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. […]
>
> Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre leur litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère […][56].

Le droit québécois reconnaît donc la clause d'élection de for, aussi bien celle prorogative de juridiction en sa faveur que dérogatoire de juridiction, retirant compétence au tribunal québécois pour l'attribuer à une autorité étrangère.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, les tribunaux traitaient différemment la prorogation et la dérogation de for. La clause retirant compétence

---

[56] Art. 3148.

aux tribunaux québécois était considérée comme nulle en raison du libellé de l'article 68 C.p.c.Q. qui prévoyait la compétence des tribunaux de façon stricte et ce, « nonobstant convention contraire »[57]. Toute entorse a la règle était qualifiée d'atteinte à l'ordre public.

En revanche, les tribunaux étaient nettement plus permissifs lorsque les parties souhaitaient leur attribuer compétence. L'affaire la plus célèbre à cette époque est le jugement *Alimport* de la Cour suprême du Canada dans lequel elle avait eu à se prononcer sur une clause d'élection de for prorogative de compétence en faveur des tribunaux québécois[58]. Lors d'un contrat de vente de pommes de terre, l'acheteur cubain avait convenu avec le vendeur dont le siège social était au Nouveau-Brunswick qu'en cas de litige, « les deux parties soumettront le différend aux tribunaux de la ville de La Havane, s'en remettant aux lois alors en vigueur à Cuba, si la défenderesse est l'ACHETEUR, et aux tribunaux de la ville de Montréal, s'en remettant aux lois alors en vigueur au Canada, si la défenderesse est le VENDEUR »[59]. L'acheteur insatisfait de l'exécution du contrat par le vendeur le poursuit devant la Cour supérieure de Montréal. Le vendeur présente une exception déclinatoire que la Cour supérieure rejette pour le seul motif que l'exception n'a pas été soulevée dans le délai requis. La Cour d'appel avait majoritairement infirmé ce jugement, estimant qu'aucun élément objectif dans le litige ne donnait compétence aux tribunaux québécois. La conclusion de la Cour d'appel peut se résumer à ces mots du juge Rinfret : « Il est universellement reconnu que les parties ne peuvent pas, par consentement mutuel, conférer à un tribunal une juridiction que par ailleurs il n'a pas »[60].

---

[57] Voir notamment *Vidéo Jacklan Inc*. c. *Cadieux*, [1978] R.D.J. 312 (C.A.) et *Importations Cimel Ltée* c. *Pier Augé Produits de Beauté,* [1987] A.Q. no 1876 (C.A.).

Lorsque le contexte le permettra, le *Code de procédure civile* du Québec sera par la suite désigné par les initiales C.p.c.Q.

[58] *Alimport* c. *Victoria Transport*, [1977] 2 R.C.S. 858.

[59] *Ibid.* à la p. 860. [Les capitales sont dans le texte original]

[60] *Victoria Transport Ltd*. c. *Alimport*, [1975] C.A. 415 à la p. 416.

Le plus haut tribunal du pays rétablit la décision de première instance[61]. La Cour suprême aborde le problème sous l'angle de la distinction entre incompétence *ratione materiae* et *ratione personae*, la première pouvant être soulevée en tout état de cause car elle relève de l'ordre public, la seconde, « incompétence relative d'intérêts privés »[62], uniquement dans un délai de cinq jours de la date de la comparution, aux termes de l'article 161 C.p.c.Q. En l'espèce, le juge Pigeon, parlant au nom de la Cour, estimait que le débat portait sur la compétence *ratione personae*. Puisqu'en matière internationale, la compétence « se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne »[63], il fallait recourir à l'article 68 du *Code de procédure civile*. À l'époque, il indiquait que l'action purement personnelle pouvait être portée « 1.Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu »[64]. C'est donc par le biais de la notion d'élection de domicile que la Cour suprême fonde son raisonnement. La clause d'élection de for est une élection de domicile[65] et le domicile permet de déterminer la compétence territoriale du tribunal. Par conséquent, ici,

> ce qu'on a voulu n'est pas douteux. On a voulu que, pour une poursuite contre le vendeur, le tribunal compétent soit celui de Montréal. C'est là, remarquons-le bien, le seul effet d'une élection de domicile faite dans une ville sans indication d'une personne chargée de représenter le débiteur[66].

---

[61] *Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58.

[62] P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962 à la p. 531, cité par le juge Pigeon dans *Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58 à la p. 867.

[63] *Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58 à la p. 868.

[64] Art. 68 C.p.c.Q.

[65] « [J]e ne comprends pas comment la Cour d'appel a pu ne pas voir dans la stipulation [sur l'élection de for], une élection de domicile à Montréal […] même si les mots "élection de domicile" ne s'y trouvent pas ». (*Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58 à la p. 868). La Cour d'appel avait en effet rejeté la qualification d'élection de domicile car, aux termes de l'article 85 du *Code civil du Bas-Canada*, en matière contractuelle, l'élection de domicile est liée au lieu d'exécution des obligations. Dans le présent dossier, il n'y avait aucun lien entre Montréal et l'exécution des obligations.

[66] *Ibid.* à la p. 869.

La Cour suprême du Canada reconnaît donc la validité de principe d'une clause d'élection de for même si, en l'occurrence, elle refuse de lui donner effet au motif que l'exception n'avait pas été présentée dans le délai requis.

L'article 3148 (4) C.c.Q. n'a pas encore donné lieu à une abondante jurisprudence au Québec. Bien que rare, l'opinion des tribunaux est sans ambiguïté. C'est dans l'affaire *Lamborghini* que la Cour d'appel du Québec a posé les premiers jalons de l'interprétation et de l'application de cette disposition[67]. Le constructeur italien d'automobiles avait conclu, en 1986, un contrat d'agence générale avec la société Lamborghini inc. par lequel celle-ci avait l'exclusivité de la commercialisation des véhicules Lamborghini au Canada. À la suite de la réorganisation de son réseau de distribution après être passé sous le contrôle de la société Chrysler, le constructeur italien adressa à la société québécoise un avis de résiliation du contrat d'agence, prenant effet en juillet 1994. Quelques mois plus tard, Lamborghini inc. poursuivit son co-contractant en dommages-intérêts pour rupture de contrat devant la Cour supérieure de Montréal. La société italienne répliqua par un moyen déclinatoire invoquant l'incompétence du tribunal québécois. Le contrat contenait en effet une clause d'élection de for, conférant compétence exclusive aux tribunaux de Bologne : « The Italian Magistrate and the Forum of Bologna will be exclusively competent in any controversy that may arise upon the interpretation or execution of the present charge, either during the course or after its cessation as well as for any other controversy »[68].

S'interrogeant sur la validité d'une clause qui retire compétence aux tribunaux québécois, le juge LeBel, après examen de l'article 3148 C.c.Q., constate que son dernier paragraphe reconnaît

---

[67] *Lamborghini (Canada) Inc.* c. *Automobili Lamborghini S.P.A.*, [1996] A.Q. no 4175 (C.A.Q.), [1997] R.J.Q. 58 (C.S.).

[68] « Le tribunal de Bologne sera exclusivement compétent dans tout litige pouvant survenir à l'occasion de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat ou de toute autre question se rapportant à lui, autant pendant sa durée qu'après son extinction ».

> une pleine valeur juridique aux clauses d'élection de for, en écartant la jurisprudence jusqu'alors suivie. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, existait, en effet, un courant jurisprudentiel selon lequel les tribunaux québécois refusaient de se dessaisir en présence d'une telle clause qu'ils considéraient comme contraire à l'ordre public. […][69] .

On peut s'interroger sur la « hiérarchie » des facteurs de rattachement prévus à l'article 3148 C.c.Q., où la clause attribuant compétence aux tribunaux québécois vient en quatrième position et la clause la leur retirant en dernière. À notre avis, pour donner tout son sens à l'exercice de la volonté des parties, l'existence d'une clause valide exclut tout examen des autres chefs de compétence. C'est d'ailleurs ainsi que l'a entendu la Cour d'appel :

> Si, comme le prévoit le dernier alinéa de [l'article 3148 C.c.Q.], une convention désormais valide confirmait la compétence des tribunaux civils italiens, il lui fallait donner à l'élection de for judiciaire toute la portée voulue par le législateur québécois. Sans égards aux autres règles de compétence territoriale contenues à l'article 3148, l'application de cette clause excluait désormais la compétence du for québécois. Il devenait inutile de discuter si le contrat avait été

---

[69] *Lamborghini (Canada) Inc.* (C.A.Q.), *supra* note 67.

Il faut signaler que depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la première phrase de l'article 68 du *Code de procédure civile* a été modifiée en ces termes : « Sous réserve des dispositions du présent chapitre et des dispositions du Livre X au Code civil du Québec […] », le livre X contenant les dispositions de droit international privé.

Le dossier Lamborghini comportait une particularité intéressante. Le contrat avait été conclu sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*. Les tribunaux ont donc eu à vérifier l'application du droit transitoire par les dispositions de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57). La partie québécoise prétendait que « lorsque le contrat a été conclu en 1986, la clause d'élection de for n'aurait pas été nulle au sens de l'article 7 [de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.A.R.C.]. Elle aurait plutôt créé une compétence additionnelle facultative, celle des tribunaux italiens, sans porter atteinte à celle des tribunaux québécois. C'est sur cette base que le contrat d'agence générale entre Lamborghini (Canada) et Automobili Lamborghini aurait été conclu. » La Cour d'appel conclut sur ce point : « Que l'appelante se soit estimée protégée contre les effets de cette clause par l'état du droit lorsqu'elle l'a signée en 1986 ne signifie pas que l'article 3148 ne doive pas recevoir désormais son effet en vertu de l'article 7 L.A.R.C. Cette disposition régit ce litige né après l'entrée en vigueur du Code civil du Québec, à propos d'une violation d'un contrat qui aurait été consommée en 1994. »

La même année, la Cour d'appel a été saisie d'un autre dossier portant sur une clause d'élection de for, dérogeant à la compétence des tribunaux québécois et l'attribuant aux tribunaux ontariens : *Sony Music Canada Inc. et Kathleen Sergerie* c. *Kardiak Productions Inc* (REJB 1997-01219 (C.A.Q.) Alors que le juge de première instance avait conclu que la clause du contrat n'écartait pas la compétence des autorités québécoises, pour la Cour d'appel cette conclusion est erronée car elle se fonde sur la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. La clause du contrat est valide selon le « nouveau » droit et « seuls les tribunaux ontariens conservent compétence et le premier juge aurait dû accueillir la requête en moyen déclinatoire de Sony ». Pour d'autres détails sur cette affaire, voir ci-dessous à la p. 46.

> conclu à Bologne ou à Montréal, d'identifier l'endroit où les consentements auraient été échangés, de s'interroger sur la nature des activités de Lamborghini au Canada et sur l'existence de biens à l'intérieur de son territoire[70].

Pourtant, ce n'est pas toujours la voie suivie. La Cour supérieure du Québec a récemment été saisie d'un dossier où les parties l'avaient expressément désignée. L'une des parties s'adresse à elle et la Cour doit statuer sur une exception déclinatoire présentée par la défenderesse. Le tribunal commence par se demander si, comme le prévoit l'article 3148 § 3 C.c.Q., un préjudice a été subi au Québec. Ayant écarté cette condition, il lui « [r]este à examiner, toujours en vertu du paragraphe 3 de l'article 3148, si "l'une des obligations découlant du contrat devait être exécutée au Québec" »[71]. Comme l'obligation litigieuse était un paiement dont les parties avaient convenu qu'il serait accompli au Québec, le tribunal conclut :

> De l'avis du Tribunal, il n'en faut pas plus pour conclure que Ghent Transport doit exécuter à Québec son obligation de payer les factures adressées à FSL Ltd. Ceci rend la Cour supérieure compétente à son endroit et inutile l'examen de la question de savoir si Ghent Transport est liée par la clause d'élection de for[72] .

Même si la compétence du tribunal québécois est à juste titre reconnue, il faut admettre qu'elle l'est sur un fondement plus que critiquable qui, s'il était suivi, minerait, à notre avis, toute l'économie de l'article 3148 C.c.Q. en réduisant à néant l'efficacité des clauses d'élection de for dans un système qui pourtant les prévoit et les reconnaît.

En France, le principe de la licéité des clauses d'élection de for est reconnu dès 1930 par la Cour de cassation[73]. Dans l'affaire *Mardelé*, deux commerçants

---

[70] *Lamborghini (Canada) Inc.* c. *Automobili Lamborghini S.P.A.*, (C.A.Q.) *supra* note 67 au § 30. [Nous soulignons]

[71] *Sorel Tracy Terminal Maritime* c. *FSL Limited et N.V. Ghent Transport & Storage s.a. (GTS),* REJB 2001-23640, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/> au § 18.

[72] *Ibid.* au § 23. [Nous soulignons]

[73] D'après Bernard Audit « [l]es prorogations en faveur des juridictions françaises relèvent […] le plus souvent de la convention de Bruxelles ». (B. Audit, *supra* note 30 à la p. 340.) Nous ferons une place dans notre exposé au

français avaient prévu, lors d'un contrat de vente de blé chilien avec paiement auprès d'une banque londonienne, le recours aux tribunaux anglais[74]. La cour suprême a donné plein effet à l'attribution conventionnelle de compétence, estimant que « s'il appartient aux juges du fait de rechercher l'intention des parties et de déterminer le sens et la portée des conventions, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à refuser de les appliquer lorsqu'elles sont claires et formelles »[75].

Plus récemment, la juridiction suprême a eu à réaffirmer le principe, alors qu'était intervenue une modification législative, l'entrée en vigueur du *Nouveau Code de procédure civile*[76]. En 1986, dans l'affaire *Cie de signaux et d'entreprises électriques*, la cour suprême a analysé le problème au regard de l'article 48 de ce code[77]. Par un contrat de marché de travaux publics, une société française, Sorelec, se lie à un organisme libyen. Le contrat renvoie aux « dispositions générales des contrats de travaux publics » qui prévoient la compétence des juridictions libyennes, ainsi que l'application du droit libyen. La société française confie une partie des travaux à une autre société française, la Compagnie de signaux et d'entreprises électriques. Le contrat entre les deux sociétés françaises renvoie aux conditions du marché principal.

À la suite d'un différend entre les deux sociétés françaises, chacune d'entre elles sollicite judiciairement la nomination d'un expert. Sorelec s'adresse à un juge libyen alors que la Compagnie de signaux et d'entreprises électriques porte sa demande devant le Tribunal de commerce de Paris. Celui-ci, à la vue de la clause d'élection de for contenue dans le contrat principal, conclut qu'elle s'applique

---

droit français, hors Convention de Bruxelles et, depuis le 1er mars 2002, hors Règlement européen (voir *infra* note 93), car si l'observation de Bernard Audit est juste dans le cas où l'une des parties est domiciliée dans la Communauté, il pourrait arriver que des parties étrangères à la Communauté désignent contractuellement un tribunal français.

[74] Cass. civ., 19 février 1930, S. 1933.1.41. (note Niboyet).

[75] *Ibid.* aux pp. 41-42.

[76] Lorsque le contexte le permettra, le *Nouveau Code de procédure civile* français sera par la suite désigné par les initiales N.c.p.c.f.

[77] *Supra* note 49.

également au contrat avec le sous-traitant et se déclare incompétent. La Cour d'appel confirme la décision du premier tribunal et le pourvoi devant la Cour de cassation est rejeté.

La Cour de cassation indique qu'il faut interpréter le texte de l'article 48 N.c.p.c.f.[78] « en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale »[79]. En termes plus positifs, les clauses d'élection de for sont licites en droit français lorsqu'elles concernent des relations internationales[80].

Les motifs de la Cour de cassation incitent à faire brièvement état d'une controverse doctrinale. Les auteurs français ont largement discuté – plus que les auteurs québécois[81] – de la question de savoir si la compétence internationale est

---

[78] « Tout clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

[79] *Supra* note 49 à la p. 265.

[80] Sous réserve de certaines limites. (Voir ci-dessous à la p. 55 et s.)

[81] Même si plusieurs auteurs abordent évidemment le sujet de la nature de la compétence internationale, cela donne peu lieu à des polémiques comme en France, dans la mesure où il se contentent généralement d'indiquer l'état de la jurisprudence sur la question sans commentaires personnels ou prises de position « enflammées ». En outre, le plus souvent, ils préfèrent examiner la question sous l'angle du caractère relatif ou absolu des règles de compétence. Voir, par exemple, J.-G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980 aux pp. 694-705; C. Emanuelli, *Droit international privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001 aux pp. 92-96. Éthel Groffier et Gérald Goldstein font état des diverses positions et finissent par conclure que la nature de la compétence n'est ni territoriale ni personnelle mais internationale (É. Groffier et G. Goldstein, *Droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp. 299-301), comme l'avait fait quelques années auparavant Patrick Glenn (P. Glenn, « Prorogation volontaire et compétence internationale », (1977) R.D. McGill 125). La doctrine cite en général *Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58, *Zodiak International Productions inc*. c. *Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, *171486 Canada Inc. (Cellular Solution II)* c. *Rogers Cantel Inc.,* [1994] A.Q. no 1197 et, dans les textes récents, la cause *Image Services* (*International Image Services Inc*. c. *Ellipse Fiction/Ellipse Programme*, REJB 1997-02214 (C.S.). *International Image Services Inc*. c. *Ellipse Fiction/Ellipse Programme*, REJB 1997-02214, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

Dans cette affaire, Ellipse Fiction poursuivie par Image Services pour avoir failli à ses obligations contractuelles envers elle, a présenté une requête en irrecevabilité en soulevant l'absence de compétence *ratione materiae* des tribunaux québécois. La défenderesse n'est pas domiciliée au Québec et n'y possédait aucun établissement et alléguait que si contrat il y avait, il avait été formé en France et les obligations exécutées en Ontario. Image Services rétorque que la requête, qui, selon elle soulève une question de compétence *rationae personae*, est tardive. Mentionnons qu'ici, le contrat ne contenait nulle clause d'élection de for. Le juge Grenier, de la Cour supérieure, résume ainsi la question qui lui est posée : « Il s'agit donc de déterminer si la compétence internationale dévolue aux tribunaux québécois en vertu de l'art. 3148 C.c.Q. doit être considérée comme une compétence d'attribution ou comme une compétence territoriale ». Après avoir justement cité les principaux

une compétence d'attribution ou une compétence territoriale[82], soit, pour reprendre les termes encore utilisés au Québec *ratione materiae* ou *ratione personae*. Comme le fait remarquer Hélène Gaudemet-Tallon, « la notion même de “compétence judiciaire” n'est sans doute pas saisie jusque dans son essence en droit interne. Il ne sera alors pas étonnant d'éprouver quelque difficulté à décider de la nature de la compétence judiciaire internationale »[83]. Sans chercher à trancher la question, pas plus que nous ne le ferons, Hélène Gaudemet-Tallon conclut :

> Nous nous trouvons alors en quelque sorte contraints d'établir un procès verbal de carence : la nature de la compétence internationale reste incertaine, et, à supposer qu'on lui reconnaisse les caractères de la compétence territoriale interne, cela ne permet pas d'en déduire avec précision le rôle que peut jouer la volonté individuelle. La directive générale demeure cependant et puisque le droit de la compétence territoriale interne est dominé par l'élément volontariste, […] il n'y a pas de raison impérative pour qu'il n'en aille pas de même en droit international[84].

---

auteurs québécois qui rapportent la jurisprudence, le juge conclut : « Le tribunal est d'avis que l'art. 3148 traite essentiellement du rattachement géographique en visant la situation du justiciable et la localisation de l'objet en litige. Il ne porte pas sur la matière. »

Le jugement de la Cour supérieure a été confirmé par la Cour d'appel qui refuse expressément de se prononcer sur la question de la nature de la compétence. En effet, le juge Forget, rédigeant au nom de la cour, écrit : « Sans partager nécessairement tous les motifs de la juge de première instance, je suis d'accord avec les conclusions de sa décision », tout en précisant que « [p]our disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de se pencher sur l'étude faite par la juge de première instance, à savoir si la requête soulevait l'incompétence d'attribution ou territoriale. » (*Ellipse Fiction/Ellipse Programme* c. *International Image Services Inc*., REJB 1997-03899, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. A.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>).

[82] Voir P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 aux pp. 183-184, 188; H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42 à la p. 143 et s.; B. Audit, *supra* note 30 à la p. 292 et s.

[83] *Supra* note 42 à la p. 143.

[84] *Ibid*. aux pp. 146-147.

Une douzaine d'années plus tard, à l'occasion de l'entrée en vigueur du *Nouveau Code de procédure civile*, Hélène Gaudemet-Tallon s'interroge sur son application en matière internationale. Constatant que la « distinction entre deux types de compétence [d'attribution ou territoriale] reste valable dans l'ordre interne », elle poursuit en concluant : « À cette compétence internationale, ne convient donc ni le qualificatif de compétence territoriale, ni celui de compétence d'attribution. C'est, comme d'éminents auteurs l'ont d'ailleurs déjà soutenu, une compétence sui generis qui a ses caractères et ses exigences propres ». (H. Gaudemet-Tallon, « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement? », (1977) Rev. crit. D.I.P. 1 aux pp. 44, 45.)

Suivant les recommandations générales de François Gény optant, en cas de nouveauté, pour une « construction nouvelle »[85] et celles, plus spécialement adaptées à cette question, de Jean-Paulin Niboyet, Bertrand Ancel et Yves Lequette concluent que la compétence internationale « constitue bien plutôt une compétence *sui generis* qui, en raison de l'insuffisance de ses règles propres, emprunte la plupart de ses principes de solution à l'ordre interne »[86].

Au niveau international, mentionnons la Convention de La Haye conclue le 15 avril 1958[87] dont l'article 2 énonçait le principe général:

> Si les parties à un contrat de vente désignent d'une manière expresse un tribunal ou des tribunaux d'un des États contractants comme compétents pour connaître des litiges qui ont surgi ou peuvent surgir dudit contrat entre les parties contractantes, le tribunal ainsi désigné sera exclusivement compétent et tout autre tribunal doit se déclarer incompétent […].

Par la suite, une autre convention fut conclue à La Haye le 25 novembre 1965[88], dont le champ d'application était plus vaste que la précédente puisqu'elle visait les « accords d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale »[89]. Son article 5 prévoyait que les tribunaux ainsi désignés étaient les « seuls compétents ». Toujours parmi les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, la *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements*

---

[85] « Quand une situation nouvelle aura surgi, et s'il paraît utile de mettre en cause pour la régir notre procédure d'analyse abstractive, il sera mieux de recourir franchement à une construction nouvelle plutôt que de faire éclater, par un emploi abusif, des moules intellectuels qui en épouseraient mal les contours effectifs ». (F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution critique de la méthode juridique,* Paris, Sirey, 1921, p. 211, dans H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42 aux pp. 143-144.)

[86] B. Ancel et Y. Lequette, *supra* note 50 à la p. 663.

Pour Jean-Paulin Niboyet, « la compétence dans les rapports internationaux, ou compétence générale, n'est ni une compétence d'attribution au sens strict du terme qui convient seulement aux rapports de diverses juridictions françaises entre elles, ni davantage une compétence territoriale, laquelle concerne les lieux différents où siègent des juridictions de même ordre et d'un même pays. Elle doit être traitée à part ». (J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, *Le conflit des autorités, le conflit des juridictions*, t. VI Paris, Sirey, 1949 à la p. 281.)

[87] *Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*. Ce texte n'est jamais entré en vigueur.

[88] *Convention sur les accords d'élection de for*. Ce texte n'est jamais entré en vigueur.

[89] Art. 2, al. 1.

étrangers en matière civile et commerciale, conclue le 1er février 1971 accepte, par le biais de l'article 10 al. 5, les élections de for.

Si les deux premiers de ces textes internationaux ne sont jamais entrés en vigueur et que le plus récent a une portée extrêmement réduite[90], ils ont eu au moins l'intérêt de traduire « une tendance contemporaine à assurer l'admissibilité et la reconnaissance des accords des parties sur l'élection de for dans les affaires à caractère international »[91]. D'ailleurs, le codificateur québécois s'est inspiré de la Convention de 1971 tant pour les critères de compétence directe qu'indirecte[92].

Entré en vigueur le 1er mars 2002, le Règlement européen concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale[93] va remplacer, dans presque tout l'espace européen, la Convention de Bruxelles de 1968 portant sur les même sujets[94]. Signée le 27 septembre 1968 par les six pays originaires de la Communauté européenne et entrée en vigueur le 1er février 1973, la Convention de Bruxelles uniformisait les règles de compétence

---

[90] La Convention de 1971 est entrée en vigueur, comme le prévoit son article 28, à la suite de la seconde ratification mais au total, elle n'a été ratifiée que par trois États (Chypre, Pays-Bas et Portugal). Pour les raisons de cet « échec », on pourra consulter le rapport établi en 1997 par Catherine Kessedjian sur le projet de convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale. (*Supra* note 51).

[91] J. Jodlowski, *supra* note 38 à la p. 537.

[92] Voir les sources des articles 3148 et 3168 C.c.Q. dans *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits),* Montréal, Dacfo, 1993 à la p. 1048 et à la p. 1056.

[93] Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf> (consulté le 4 octobre 2001). Par la suite, nous désignerons ce texte par l'expression « Règlement européen ».

[94] Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, le 27 septembre 1968, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_498Y0126_01.html> (consulté le 24 septembre 2001.) Comme le Danemark, en raison d'exigences constitutionnelles propres à ce pays, n'a pas adopté le Règlement, ses relations avec les autres États membres de la Communauté européenne continueront à être régis par ce texte que par la suite, nous désignerons comme la « Convention de Bruxelles ».

Le Règlement européen, par son article 66 § 1, suit une règle très classique en ce qui concerne le champ d'application dans le temps : « Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur ». Georges Droz et Hélène Gaudemet-Tallon prédisent que « [v]u la lenteur des procédures, la Convention de Bruxelles s'appliquera donc encore longtemps à toutes les instances introduites avant le 1er mars 2002 ». (G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 90 Rev. crit. D.I.P. 601 à la p. 616).

judiciaire et l'exécution des décisions au sein des pays adhérents, créant ainsi un véritable « espace judiciaire européen »[95]. Quoique limitée aux pays de la Communauté, elle était « utile non seulement aux Européens, mais aussi à toute personne ayant une perspective de conflit judiciaire avec une partie offrant une possibilité de compétence aux tribunaux de l'un ou l'autre des pays membres de la Communauté »[96], ce qui sera également le cas pour le texte nouvellement entré en vigueur.

Le Règlement européen tient compte de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et tout en cherchant à améliorer l' « accès des justiciables de l'Union à une justice efficace, rapide et peu coûteuse »[97], il adapte les règles de 1968 au commerce électronique. Entre autres, son article 23 reproduit exactement l'article 17 de la Convention de Bruxelles en ajoutant une nouvelle possibilité, que nous mentionnerons ci-dessous, en matière de forme.

C'est justement par son article 23 que le Règlement européen admet le principe de la liberté contractuelle en la matière, en accordant pleine valeur aux clauses d'élection de for. À la lecture du premier paragraphe de l'article, il semble que pour que les effets de la clause « de prorogation de compétence » soient protégés par le Règlement, elle doit remplir deux conditions cumulatives : le tribunal désigné doit être celui d'un État partie au Règlement et l'un des cocontractants doit être domicilié dans un État partie au Règlement au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, le paragraphe 3 admet également la prorogation de compétence en faveur d'un tribunal d'un État contractant « [l]orsqu'une telle convention est conclue par des

---

[95] H. Gaudemet-Tallon, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1996 à la p. 3.

[96] A. Prujiner, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992 à la p. 683.

La Convention de Bruxelles met en œuvre les principes énoncés à l'article 220 du Traité instituant la communauté européenne, signé à Rome en 1957, dont le quatrième alinéa indique que les pays membres devaient prendre les mesures nécessaires pour « la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». (en ligne : <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/fr/frtr6g.htm#Article_220> consulté le 4 octobre 2001).

parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre». Comme nous le verrons plus loin, le domicile des parties n'a de conséquence qu'en ce qui a trait aux effets de la clause sur la compétence exclusive ou non du tribunal saisi[98]. C'est dire que les tribunaux de la Communauté doivent reconnaître une clause d'élection de for, quel que soit le domicile des parties.

1.1.2 Conditions de forme

La prorogation de juridiction étant de nature contractuelle, il convient de vérifier si sa validité est soumise à des conditions de forme. Doit-elle être écrite, peut-elle être tacite, se déduire du comportement des parties? Telles sont les questions pour lesquelles nous chercherons les réponses en droit québécois, français et communautaire, réponses qui, nous le verrons, diffèrent d'un système à l'autre.

À cet égard, le *Code civil du Québec* est vague, l'article 3148 § 4 ne parlant que de « convention »[99] par laquelle les parties peuvent s'entendre pour désigner l'autorité du tribunal de leur choix. Lorsqu'il ne fait pas l'objet de dispositions législatives particulières, un accord de volonté, un contrat peut revêtir n'importe quelle forme : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle »[100].

Comme le faisait remarquer Hélène Gaudemet-Tallon en 1965, on aurait pu « penser que pour réaliser un acte d'une telle importance, pour soustraire un litige à

---

97 « Coopération judiciaire en matière civile », en ligne : <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33054.htm> (consulté le 28 janvier 2002).

98 À propos de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, énonçant les même règles, Hélène Gaudemet-Tallon estime que son deuxième paragraphe, reconnaissant l'élection de for lorsque les parties ne sont pas domiciliées dans un État contractant, produit un « effet moindre » que dans le cas où l'une des parties y est domiciliée. (H. Gaudemet-Tallon, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » dans A. Borras *et al*., dir, *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 85 à la p. 90.)

99 Dans la version anglaise « *agreement* ».

un ordre étatique et le transférer à un autre, une certaine solennité [s'imposait] et la rédaction d'un écrit [semblait] être le minimum de solennité concevable »[101]. Au Québec, il n'en est rien et le consensualisme est donc de mise, avec tout ce que l'oralité comporte de dangers et de difficultés en termes de preuve. Le principe vaut quelle que soit la qualité des parties au contrat, qu'il s'agisse de contrats entre commerçants ou de contrats de consommation. Les contrats de vente avec des consommateurs qui exigent un écrit et qui constituent donc des exceptions sont limités. Il s'agit de ceux conclus par un commerçant itinérant et des contrats de vente de véhicules automobiles[102].

On remarquera que le *Code civil du Québec* ne traite pas différemment, du point de vue formel, la prorogation de compétence de la dérogation de compétence. Pour retirer sa compétence au tribunal québécois, seule une « convention » suffit. On peut toutefois penser que dans l'un et l'autre cas, même s'il n'est pas constaté par écrit, le choix du tribunal doit être clair et sans équivoque. Il doit également être exprès. Les tribunaux québécois sont peu stricts sur la forme de la convention d'élection de for, puisque

> [i]l y a bien longtemps qu'en règle générale, il n'y a plus d'expressions sacramentelles dans notre droit. La règle invariable, à tout le moins dans les contrats consensuels [comme la présente convention d'élection de for], c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée[103].

La volonté peut même s'exprimer tacitement en cas de prorogation de compétence en faveur du tribunal québécois: lorsque les parties se sont préalablement entendues sur le choix du for étranger mais que, pour une raison ou

---

[100] Art. 1385 C.c.Q.

[101] H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42 à la p. 152.

[102] Art. 58 et art. 158 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. Lorsque le contexte le permettra, la *Loi sur la protection du consommateur* sera désignée par les initiales L.p.c.

[103] *Alimport* c. *Victoria Transport*, *supra* note 58 aux pp. 868-869. La formule a été reprise par la Cour supérieure dans *2736349 Canada inc.* c. *Rogers Cantel inc.*, [1998] A.Q. no 1376.

pour une autre, le litige est porté devant le tribunal du Québec, le défendeur peut en accepter la compétence en ne la contestant simplement pas[104].

En droit français, « la jurisprudence postérieure à l'arrêt CSEE s'est inspirée de l'art. 48 nouv. C. pr. civ. selon lequel la clause, lorsqu'elle est admise, "doit avoir été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée" »[105]. L'emploi de l'adjectif « apparente » et de la préposition « dans » indique qu'elle doit être écrite.

Plus riche d'enseignements est le Règlement européen. Le premier paragraphe de l'article 23 prévoit trois modes de conclusion de la clause d'élection de for[106] :

> *a*) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
>
> *b*) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
>
> *c*) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Même si l'exigence d'un écrit semble simple, elle donne parfois lieu à des difficultés. Par exemple, l'écrit reflète-t-il de façon « claire et précise » l'accord des parties? C'est à cette question, notamment, que la Cour de Justice des

---

[104] Art. 3148 *in fine* C.c.Q.. Hélène Gaudemet-Tallon préfère parler dans ce cas d' « attitude procédurale » que de prorogation tacite. (*Supra* note 42 à la p. 164.)

[105] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 345. [Nous soulignons]. L'arrêt CSEE dont il est question est Cass. civ. 1[re], 17 décembre 1985, *supra* note 49.

[106] Ce paragraphe reprend exactement les termes utilisés par la Convention de Bruxelles, dont on pourrait presque écrire que l'article 17 prévoit « finalement » trois modes de conclusion car il « est probablement l'article de la Convention qui a été le plus transformé à l'occasion des adhésions successives des nouveaux États ». (H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 95 à la p. 76.)

Communautés européennes a dû répondre dans l'affaire *Coreck Maritime GmbH*[107]. Ici, une clause attributive de juridiction était insérée dans des connaissements et sa lecture se faisait en deux étapes. D'une part, un article assez général prévoyait la compétence et la loi applicable : « 3. Compétence : Tout litige né au titre du présent connaissement est tranché dans le pays du lieu du principal établissement du transporteur et le droit de ce pays s'applique sous réserve des dispositions du présent connaissement ». D'autre part, le recto du connaissement portait la mention imprimée : « Coreck Maritime G.m.b.H. Hamburg ». Les marchandises étant avariées à leur arrivée aux Pays-Bas, le propriétaire russe du navire et le transporteur allemand ont été assignés devant la juridiction néerlandaise du port de débarquement. Comme le transporteur a soulevé l'incompétence des tribunaux néerlandais en raison de la clause attributive de juridiction, ces derniers ont adressé à la Cour de Justice des Communautés européennes des questions préjudicielles portant sur l'interprétation, entre autres, de l'article 17 de la Convention de Bruxelles. La Cour conclut que

> les formes exigées par l'article 17 ont pour fonction d'assurer que le consentement soit effectivement établi.
>
> […]
>
> Il s'ensuit que les termes « sont convenues », qui figurent à l'article 17, premier alinéa, première phrase, de la convention, ne sauraient être interprétés en ce sens qu'ils exigent qu'une clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé. Il suffit que la clause identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître […][108].

---

[107] C.J.C.E., 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH et Handelsvee BV e.a.,* en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 septembre 2001).

La Cour de Justice des Communautés européennes était chargée de l'Interprétation de la Convention de Bruxelles en vertu de l'article premier du protocole du 3 juin 1971.

[108] *Ibid*.

Il arrive fréquemment, dans le monde commercial, que les clauses attributives de compétence soient contenues dans les « conditions générales ». Pour qu'elles soient conformes aux exigences de l'article 17 de la Convention de Bruxelles, il fallait que « dans le texte même du contrat signé par les deux parties, un renvoi exprès [soit] fait à des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction »[109]. Le même principe s'appliquera en vertu du Règlement.

Un accord uniquement verbal ne remplirait pas les conditions de l'article 23 a) du Règlement. Autant dire qu'il n'admet pas le consensualisme pur en la matière. Les exigences de validité de la clause initialement verbale puis confirmée par écrit sont différentes de celles exigées pour la clause directement conclue dans le document signé par les parties. Contrairement à cette situation-ci, lorsque l'accord verbal est confirmé par écrit, celui-ci peut n'être signé que par l'une des parties :

> […] il est satisfait à la condition de forme [que l'article 17] édicte lorsqu'il est établi que l'attribution de juridiction a fait l'objet d'une convention verbale portant expressément sur ce point, qu'une confirmation écrite de cette convention émanant de l'une quelconque des parties a été reçue par l'autre et que cette dernière n'a formulé aucune objection[110].

Le but de la confirmation par écrit vise à porter une attention particulière à la clause d'élection de for. Il ne suffit pas que, après accord verbal, l'écrit porte sur globalement sur le contrat; il est impératif que la confirmation vise spécifiquement le choix de la juridiction[111].

---

[109] C.J.C.E., 14 décembre 1976, aff. 24/76, *Estasis Salotti* c. *Rüwa*, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c1.htm> (consulté le 10 juillet 2002).

[110] C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 221/84, *Berghoefer GmbH*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 septembre 2001).

[111] Voir P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 234 et B. Audit, *supra* note 30 à la p. 470.

Il faut évidemment aussi que la confirmation par écrit communiquée au cocontractant soit dans une langue qu'il comprend. Voir Grenoble, 23 octobre 1996, *Des Bauches*, en ligne : <htttp://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/231096v.htm> (consulté le 25 septembre 2001).

Le paragraphe *b*) de l'article 23 (1.) tient compte des habitudes des parties, qui peuvent être en rapports fréquents. La jurisprudence *Segoura*, en 1976, avait justement pointé la distinction entre cocontractants qui établissent leur première relation et ceux qui ont des « rapports commerciaux courants »[112]. À l'époque, la Convention de Bruxelles ne prévoyait pas le cas et c'est sa révision en 1989[113] qui l'avait introduit.

Finalement, quant à la validité formelle de la clause d'élection de for, la Convention de Bruxelles prévoit au paragraphe *c*) une autre possibilité lorsque les deux parties sont commerçantes, introduite lors de la modification de 1978[114] et reprise par le Règlement européen. Le texte communautaire prend acte des usages du commerce international où rapidité et simplicité sont deux facteurs essentiels et qui favorisent l'absence de formalisme. Dans la mesure où les parties sont censées connaître ces usages, il accepte que soit valable une clause d'élection de for conclue verbalement, sans confirmation écrite[115]. Dans ce cas, le comportement du cocontractant, par exemple son absence de réaction sur ce point, pourra valoir acceptation si tel est l'usage dans la branche considérée du commerce international[116].

---

[112] C.J.C.E., 14 décembre 1976, aff. 25/76, *Galeries Segoura*, en ligne http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61976J0025 consulté le 26 septembre 2001.

[113] Convention de San Sebastian du 26 mai 1989.

[114] Convention d'adhésion de Luxembourg de 1978.

[115] La Cour de justice des Communautés européennes a appliqué l'article 17 c) dans l'affaire C.J.C.E., 27 février 1997, aff. C-106/95, *Les Gravières Rhénanes SARL*, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 30 avril 2002).

[116] En ce qui concerne le comportement des parties, voir UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 1994, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm> (consulté le 29 novembre 2001) [ci-après « Principes Unidroit » ou P.U.] et *Principes du droit européen des contrats* , en ligne : <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2fr.html> (consulté le 19 mai 1999) [ci-après « Principes européens » ou P.E.] qui contiennent plusieurs dispositions sur le sujet. Si les uns et les autres acceptent que l'expression de la volonté se manifeste autrement que formellement, ils exigent en revanche que le comportement soit actif, c'est-à-dire que la partie concernée agisse d'une certaine façon. Une attitude passive n'engage pas : « Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation » (art. 2.6 P.U). À un terme près, l'article 2 :204 des principes européens est identique. Les articles qui viennent d'être mentionnés reprennent la substance de l'article 18§1 de la Convention de Vienne (Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, Vienne, le 11 avril 1980, A/CONF. 97/18).

Le Règlement européen apporte une nouveauté en matière de forme, nouveauté rendue indispensable par l'arrivée des échanges informatisés. Il précise que « [t]oute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite »[117].

1.1.3. Conditions de fond

Si le principe de l'influence des parties sur la juridiction n'est plus contestable en droit québécois, en droit français et en droit européen, il faut se demander s'il autorise les parties à choisir n'importe quel tribunal.

a) Liens entre le tribunal désigné et le litige.

Abordant la question sous l'angle du principe de proximité, on se demandera si le tribunal désigné par les parties doit avoir un lien quelconque avec le litige.

En droit français, la volonté, de ce point de vue, ne comporte pas de limite. La Cour de cassation a validé une clause d'élection de for entre une société française et une société allemande qui s'étaient entendues pour désigner un tribunal suisse, alors qu'aucun élément du contrat n'avait de lien avec la Confédération Helvétique[118]. Comme nous y avons fait allusion auparavant, le choix d'un tribunal totalement étranger au contrat est souvent, pour les parties, une garantie d'objectivité. Nous avons aussi indiqué que le recours à un tribunal étranger peut poser quelques difficultés, notamment en termes financiers et pratiques. Par la désignation d'un tribunal d'un pays tiers, les difficultés sont équitablement réparties entre les cocontractants. L'intérêt légitime des parties suffit donc, de ce point de vue, à valider leur choix.

---

[117] Art. 23 § 2.

[118] Cass. com., 19 décembre 1978, *Société Europa Carton*, (1979) JDI 366 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

En droit communautaire, la liberté est identique en vertu du Règlement. Le texte de l'article 17 de la Convention de Bruxelles avait « introduit une compétence exclusive en faisant abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné »[119]. Au-delà même de la question d'un lien entre le litige et le tribunal désigné, la Cour de Justice des Communautés Européennes donne plein pouvoir à la volonté des parties. Dans l'affaire *Castelli*, elle s'est clairement prononcée sur le respect de cette volonté que doit imposer l'article 17 de la Convention de Bruxelles : « Des considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi sont étrangères [aux] exigences »[120] de l'article en question.

Le droit québécois se démarque sensiblement des droits français et communautaire sur cette question. Alors que le texte de l'article 3148 C.c.Q. laisse entière liberté aux parties dans le choix du for désigné, il faut cependant tenir compte de l'article 3135 C.c.Q. : « Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige ». Cet article introduit dans le droit civil québécois un principe de droit anglo-saxon[121], l'exception de *forum non conveniens*[122]. Il n'est pas nécessaire,

---

[119] C.J.C.E., 3 juillet 1997, aff. C-269/95, *Francesco Benincasa* c. *Dentalkit Srl*, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 30 avril 2002). La Cour reprend exactement les termes qu'elle avait utilisés entre autres dans *Les Gravières Rhénanes supra* note 115 et dans l'affaire Zelger, C.J.C.E., 17 janvier 1980, aff. 56/79*, Siegfried Zelger* c. *Sebastiano Salinitri*, en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61979J0056> (consulté le 3 octobre 2001).

[120] C.J.C.E., 16 mars 1997, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA* c. *Hugo Trumpy SpA.,* en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 3 octobre 2001).

[121] C'est à dessein que nous ne parlons pas ici de *common law*. L'autorité canadienne en la matière, le juge Meyer, écrit : « [t]he origins of the doctrine of *forum non conveniens* are obscure. […] it is difficult to say where it originated ». (P. Meyer « The jurisdiction of the Courts as Affected by the Doctrine of Forum Non Conveniens » (1964) 24 R. du B. 565 à la p. 567. [les origines de la doctrine du *forum non conveniens* sont obscures. [i]l est difficile de dire d'où elle provient]. Pour certains, la doctrine serait née en Écosse, pays de tradition civiliste, mâtinée de *common law*. Sur ce sujet voir S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », (1995) 36 C. de D. 913.

[122] Le sort du *forum non conveniens* est traité de façon laconique par le Règlement européen comme le soulignent deux auteurs : « […] on ne reviendra pas sur la condamnation du *forum non conveniens* qui paraît résulter du considérant 11, si ce n'est pour regretter qu'il n'y ait pas un article du règlement pour l'exclure nettement ». (G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 94 à la p. 632.)

dans le cadre de cette étude, d'examiner le bien-fondé de l'exception ni d'en vérifier l'utilité en droit civil[123]. Toutefois, comme elle fait maintenant indéniablement partie du droit québécois, mentionnons-en certaines conditions d'application. En premier lieu, pour que l'article 3135 C.c.Q. puisse être invoqué, il est impératif que le tribunal soit compétent, que la compétence provienne d'une clause d'élection de for valide ou d'un autre facteur de rattachement. Ainsi, dans l'affaire *Lamborghini* en première instance[124], le tribunal québécois n'étant pas compétent en raison d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal italien, le *forum non conveniens*, bien que plaidé, n'a pas été admis.

La condition qui nous intéresse particulièrement est le fait que « les autorités d'un autre État [soient] mieux à même de trancher le litige ». La recherche d'un forum plus approprié revient à comparer qualitativement et quantitativement les liens entre l'affaire et le tribunal saisi d'une part et ceux existant avec un autre tribunal d'autre part. La jurisprudence a dégagé un certain nombre d'éléments à considérer pour cette évaluation. La Cour d'appel a recommandé que la balance penche clairement du côté du tribunal étranger pour que le tribunal québécois se dessaisisse :

> Aucun de ces critères n'est déterminant en soi, il faut plutôt les évaluer globalement et garder à l'esprit que le résultat de leur application doit désigner de façon claire un forum unique. Donc, s'il ne se dégage pas une impression nette tendant vers un seul et même forum étranger, le tribunal devrait alors refuser de décliner compétence particulièrement lorsque les facteurs de rattachement sont contestables[125].

---

[123] Nous avons eu l'occasion de le faire dans S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, *supra* note 121.

[124] *Supra* note 67. Le demandeur avait saisi le tribunal québécois en dépit d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal italien. Cherchant à établir la compétence de la Cour supérieure, il invoque, entre autres, l'article 3136 C.c.Q. sur le forum de nécessité et qui permet dans certaines circonstances à un tribunal québécois, même s'il n'est pas compétent, d'entendre le litige. Curieusement, il invoque également en première instance, argument qu'il abandonnera en Cour d'appel, l'article 3135 C.c.Q. Peut-être estimait-il que le tribunal québécois pouvait se prononcer sur l'incompétence du tribunal étranger? On ne peut qu'approuver la remarque du juge Tremblay selon qui le demandeur « semble mal comprendre » le mécanisme et les conditions d'application de la doctrine du *forum non conveniens*.

[125] *Lexus Maritime inc.* c. *Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. no 2059, J.E. 98-1592 (C.A.).

Parmi les critères, on note le lieu de résidence des parties ou leur domicile, celui des témoins ainsi que la situation des éléments de preuve, l'existence d'une action devant un autre tribunal, la situation des biens du débiteur, l'avantage dont jouit le demandeur dans le for saisi, l'intérêt de la justice. Un autre facteur est le lieu de conclusion du contrat, chef de compétence juridictionnel abandonné en droit québécois depuis l'introduction du nouveau Code civil. Le lieu d'exécution du contrat, encore prévu par le droit international privé québécois en matière de rattachement juridictionnel, a aussi été admis comme élément pour évaluer le lien entre l'affaire et le tribunal. Certains plaideurs invoquent également le fait que la loi régissant le litige étant étrangère, le juge québécois n'est pas en bonne position pour l'appliquer. L'argument est pour le moins étonnant. Et pourtant, il est regrettable de constater que les juges l'ont fréquemment admis pour décliner compétence[126].

---

[126] Voir, entre autres, *United Colors & Chemicals International Inc.* c. *Carmichael Ltd*., J.E. 95-1374 (C.S.) et *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A*. c. *Banque Royale du Canada*, [1995] R.J.Q. 213 (C.S.). Plus récemment, dans *Stageline Mobile Stage inc*. c. *In Any Event inc*., [1999] J.Q. no 1573 (C.A.), dans le cadre d'un recours en garantie, la Cour d'appel a renversé un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête pour exception déclinatoire. L'affaire était complexe car le dossier, dans sa globalité, comportait plusieurs liens contractuels différents, des contrats de location et des contrats de sous-location (un bail de sous-location stipulait d'ailleurs que les litiges futurs seraient soumis aux tribunaux de l'État de New York), des contrats de transport et des contrats d'assurance. Le recours présenté ici en premier lieu à la Cour supérieure était « incident à une action principale, à l'égard de laquelle on ne conteste pas la compétence des tribunaux québécois, que reconnut d'ailleurs une clause d'élection de for ». En outre, d'autres procédures, liées à la même affaire, avaient été instituées devant des cours fédérales américaines et des tribunaux de Floride. Après avoir écarté l'argument fondé sur la litispendance, le juge LeBel conclut : « En l'espèce, par l'application de l'article 3139 C.c.Q. et par le lien de l'action en garantie au recours principal, le tribunal québécois possédait indéniablement une compétence sur la matière […] Il importe cependant de se demander s'il devait continuer à l'exercer». La question doit trouver sa réponse à la lumière de la doctrine du *forum non conveniens*. Le juge LeBel admet que « la seule constatation qu'une loi étrangère s'applique ne suffit pas » pour décliner compétence. Toutefois, dans le présent dossier, il l'indique comme l'un des éléments favorisant le for floridien.

L'admission de ce type d'argument par les tribunaux québécois est d'autant plus curieux qu'une disposition du nouveau Code civil vise à faciliter la preuve du droit étranger (art. 2809 C.c.Q.).

Plus récemment encore, les tribunaux ont eu à connaître d'une affaire portant sur un contrat de vente d'un système de récupération de rognures de papier intervenu entre une société dont le siège social était au Québec et une autre, créée en vertu des lois du Tennessee, dont le siège social était à Memphis. (*Regenair inc*. c. *Quebecor Printing Memphis Inc*., [2000] J.Q. no 3770 (C.S.), [2001] J.Q. no 1901 (C.A.)). La société américaine, défenderesse, a présenté une requête pour exception déclinatoire, recherchant subsidiairement l'application de l'article 3135 C.c.Q. L'un des motifs invoqués pour que le tribunal décline sa compétence était que « [t]he applicable law is the Law of the State of Tennessee » [la loi applicable est la loi du Tennessee]. Le tribunal de première instance a rejeté la requête, considérant que plusieurs éléments militaient en faveur du for québécois (lieu de conclusion du contrat, lieu du dommage subi). La majorité de la Cour d'appel a renversé le premier jugement car, selon elle, les tribunaux québécois ne sont pas compétents aux termes de l'article 3148 C.c.Q. Le juge Philippon, dissident, affirme au contraire que les tribunaux québécois sont compétents, « le dossier permettant de conclure à l'exécution au Québec de l'une au moins des obligations découlant du contrat ». Cet élément est suffisant à donner compétence à la Cour supérieure, en vertu de l'article 3148 § 3 C.c.Q. Se penchant sur l'exception de *forum non conveniens* et reprenant les indications de la Cour d'appel dans *Oppenheim* (*supra*

En conclusion, les tribunaux de common law et maintenant les tribunaux québécois ont la discrétion d'apprécier le lien entre le for choisi conventionnellement et le litige par la doctrine du *forum non conveniens* qui supprime la notion d'intérêt légitime des parties, fondement de l'exercice de leur volonté, au profit d'un lien objectif.

Évidemment, on pourra penser qu'alléguer le *forum non conveniens* devant le tribunal désigné par la clause d'élection de for est contradictoire[127]. Comment d'une part avoir donné son accord sur la désignation d'un tribunal et ensuite l'inviter à décliner compétence[128]? Le problème ne nous semble pas entièrement théorique.

En premier lieu, les tribunaux québécois considèrent qu'il n'existe pas de délai de rigueur dans une matière où le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire, contrairement aux cas des exceptions déclinatoires, en vertu des article 161 et 163 C.p.c.Q.[129]. Donc, si le *forum non conveniens* n'est soumis à aucun délai, une partie insatisfaite du déroulement des procédures devant le tribunal qu'elle a pourtant choisi pourrait alors préférer opter pour un autre for.

D'ailleurs, bien que rarement, le *forum non conveniens* a été effectivement invoqué lors de procédures devant un tribunal québécois dont la compétence avait été attribuée conventionnellement. Chronologiquement, on se doit de citer en premier

---

note 125), le juge Philippon conclut laconiquement : « Cette impression nette ne se dégage pas en l'espèce ». Il ne semble donc pas que la Cour supérieure ni le juge dissident en Cour d'appel aient été influencés par la loi applicable.

[127] Ou, comme le demande Paul Lagarde, dans un cas pareil, « [l]a logique ne voudrait-elle pas que ce mécanisme d'exception soit alors écarté? » (*Supra* note 36 à la p. 147).

Aux yeux des rédacteurs du projet de Convention de La Haye sur l'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers, cette possibilité a dû sembler incongrue. En effet, l'article 22 portant sur le *forum non conveniens*, appelé « Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer sa compétence » indique clairement que l'exception ne peut être demandée à un tribunal « lorsque sa compétence [est] fondée sur une clause exclusive d'élection de for valide […] ». Le *forum non conveniens* est également exclu en cas de contrat de consommation. (Conférence de La Haye de droit international privé, Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001, Texte provisoire préparé par le Bureau Permanent et les Rapporteurs, en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc>, consulté le 2 août 2001).

[128] L'article 3135 C.c.Q. n'autorise pas le tribunal à décliner lui-même compétence. Son texte mentionne clairement que l'exception doit être soulevée par l'une des parties.

[129] Voir, par exemple, *Simcoe and Erie General Insurance Co* c. *Arthur Andersen Inc*., [1995] R.J.Q. 2222 (C.S.).

l'affaire *Sony*, portée devant la Cour du Québec puis la Cour d'appel, même si les jugements apportent un éclairage pour le moins nébuleux sur la question et que les raisonnements suivis par les deux niveaux de juridiction sont, sur plus d'un plan, contestables[130]. Les rapports entre les parties reposaient sur deux contrats différents. L'un des contrats, le contrat d'enregistrement, liait à la fois Sony et la musicienne Kathleen Sergerie à la maison de production Kardiak et contenait une clause d'élection de for en faveur des tribunaux ontariens. L'autre contrat, un contrat de gérance, intervenu entre la musicienne et la maison de production, comportait initialement une clause d'élection de for donnant compétence aux tribunaux ontariens, ensuite modifiée en faveur des tribunaux québécois.

Lorsque Sony et la musicienne ont été poursuivies par Kardiak pour violation de contrat, elles ont présenté une requête en moyen déclinatoire, alléguant le défaut de compétence *rationae materiae* des tribunaux québécois. La Cour du Québec, ne faisant aucune distinction entre les deux contrats[131], commence par décréter que la clause désignant les tribunaux ontariens n'est pas « une clause compromissoire parfaite » et que, par conséquent, elle ne peut avoir pour effet de retirer sa compétence au tribunal québécois. De plus, pour le tribunal, il s'agit d'une question de compétence *ratione personae* et non *materiae*, par conséquent assortie d'un délai de présentation qui, en l'occurrence, n'a pas été respecté. La Cour conclut donc que la requête doit être rejetée sans qu'il soit « utile pour le Tribunal de décider si l'article 3148 C.C.Q. aurait dû recevoir application ni si la Cour du Québec aurait été un forum de nécessité selon l'article 3136 C.C.Q. »[132]. Les motifs n'indiquent absolument pas quelles étaient les prétentions des parties, en dehors des article 163 et 164 C.p.c.Q. Il ne semble pas avoir été question de *forum non conveniens*.

---

[130] *Kardiak Productions Inc*. c. *Sony Music Canada Inc.,* [1996] A.Q. no 4314 (C.Q.) et *Sony Music Canada Inc. et Kathleen Sergerie* c. *Kardiak Productions Inc.* (C.A.Q.), *supra* note 69. Pour saisir le mieux possible toutes les données du problème, il est indispensable de lire conjointement la décision de la Cour du Québec et le jugement de la Cour d'appel.

[131] La Cour du Québec semble n'avoir vu comme source de l'action de la demanderesse que le contrat d'enregistrement. Voir *Kardiak Productions Inc*. c. *Sony Music Canada Inc., supra* note 69 au § 2.

[132] *Ibid.* au § 7. Rappelons que la Cour du Québec ne se fonde, du début à la fin de sa décision, que sur de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

La Cour d'appel renverse le jugement en statuant en premier lieu sur la nature de la compétence. Comme elle conclut qu'il s'agit d'une compétence *rationae personae*, « la question relative au délai de rigueur doit être écartée »[133]. En ce qui concerne le rapport litigieux entre Sony et Kardiak, la clause d'élection de for est « limpide. Elle enlève toute compétence aux tribunaux québécois »[134]. En revanche, l'action concernant la musicienne « trouvera sa solution […] dans l'application de deux contrats contenant, chacun, une clause d'élection de for conférant compétence à des autorités différentes »[135]. Pour se sortir de cette situation difficile, « d'impossibilité pratique »[136], la Cour d'appel applique l'article 3135 C.c.Q. qui lui permet de décliner compétence.

Malheureusement, il est difficile de déterminer à la lecture des décisions s'il s'agissait réellement d'un cas où, tout en reconnaissant la compétence désignée du tribunal québécois, une partie se rétracte et demande au tribunal saisi de décliner sa compétence. En première instance, l'article 3135 C.c.Q. ne semble pas avoir été allégué par quiconque. On ne sait pas à la lecture de la décision de la Cour d'appel, si l'article 3135 C.c.Q. a été invoqué, comme le texte l'oblige, par l'une des parties. La rédaction des motifs du juge LeBel laisse planer un fort doute.

Plus récemment, la Cour du Québec a été saisie d'une autre demande où il était incontestable que les parties avaient conventionnellement désigné la compétence des tribunaux québécois et où l'une des parties a prié la cour, malgré cela, de décliner sa compétence[137]. À l'occasion d'un contrat de vente de bois, les parties avaient convenu de porter tout litige uniquement devant une Cour de justice ayant juridiction dans le district judiciaire de St-Hyacinthe, au Québec. La

---

[133] *Sony Music Canada Inc. et Kathleen Sergerie* c. *Kardiak Productions Inc.*, *supra* note 69 au §14.

[134] *Ibid.* au §22.

[135] *Ibid.* au §25.

[136] *Ibid.* au §26.

[137] *Les Entreprises Exulon inc.* c. *1220103 Ontario Limited*, No : 750-22-000450-985, 27 avril 1998 (C.Q. St-Hyacinthe).

défenderesse demande au tribunal d'appliquer l'article 3135 C.c.Q., prétendant que l'Ontario est un for plus naturel dans les circonstances et serait en meilleure position qu'un tribunal québécois pour « entendre le litige », comme l'écrit le juge Robert. En effet, « toutes les négociations, discussions et livraisons ont été faites dans la province de l'Ontario; la défenderesse a son siège social à Oakville, Ontario, et n'a aucune place d'affaires dans la province de Québec »[138]. La Cour du Québec insiste sur la possibilité « exceptionnelle » qu'a un tribunal québécois de décliner compétence. Elle doit pouvoir s'exercer « surtout dans des cas où la juridiction territoriale de la Cour n'est pas clairement établie ou peut reposer sur des facteurs de rattachement contestables »[139]. Même si la tenue d'un procès au Québec peut présenter quelques inconvénients pour la défenderesse – un procès en Ontario causerait le même genre d'inconvénients à l'autre partie – , le tribunal fonde sa conclusion, rejetant la demande, sur la clause d'élection de for : « [tout] cela était prévisible et découle du choix de la défenderesse »[140].

D'autre part, une clause contenue dans un contrat n'est pas une preuve irréfragable de la volonté des parties[141]. On sait qu'elle peut fort bien, comme toute autre clause, avoir été insérée par le stipulant dans le cadre d'un contrat d'adhésion ou imposée par un contractant puissant à une partie faible. Parfois, elle pourrait certainement même être considérée comme une clause abusive. C'est précisément ce qu'a soutenu une partie dans un litige intenté devant la Cour supérieure du Québec[142]. La défenderesse contestait la compétence du tribunal québécois parce

---

Voir aussi la décision de la Cour d'appel, *Stageline* (*supra* note 126) où le *forum non conveniens* a été appliqué en dépit d'une clause d'élection de for donnant compétence, indirectement il est vrai, au tribunal québécois.

[138] *Les Entreprises Exulon inc*. c. *1220103 Ontario Limited, supra* note 137.

[139] *Ibid*.

[140] *Ibid*.

[141] Même si dans ce cas, l'allégation de *forum non conveniens* ne repose pas fondamentalement sur l'absence de lien entre le tribunal et le litige, elle illustre cependant un type de situations dans lesquelles la théorie peut être invoquée à l'encontre de la compétence d'un tribunal désigné contractuellement.

[142] *2736349 Canada inc*. c. *Rogers Cantel inc*., *supra* note 103. Sur l'application de l'article 1437 C.c.Q. à une clause d'arbitrage, voir également *Rémillard* c. *9085-9638*, REJB 2001-29551, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Cour du Québec) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

que les parties avaient inclus à leur contrat une clause donnant compétence aux tribunaux ontariens. Celle-ci serait, de l'avis de la demanderesse, « excessive, unreasonable and/or manifestly in bad faith »[143]. Alors que la demanderesse lui demandait d'invalider la clause, le juge Guthrie estime que procéder ainsi consisterait à sauter une étape préalable:

> [le juge] ne peut, avant d'avoir jugé de sa compétence, étudier le fond du litige et rendre jugement sur un des aspects au mérite de l'affaire. La demanderesse demande à la Cour supérieure de déclarer la clause 15.08 nulle avant même que cette Cour n'ait déterminé si elle était compétente pour ce faire. Suivre le raisonnement de la demanderesse conduit à un non-sens. Si la clause 15.08 a pour effet d'enlever à la Cour supérieure compétence sur la matière du litige, elle ne peut certes pas, à ce stade-ci, se prononcer sur le fond du litige et déclarer nulle certaines clauses de la convention. La Cour supérieure prononcera sur le fond du litige seulement si elle conclut qu'elle a compétence sur la matière dont elle est saisie[144].

En ce qui concerne le caractère éventuellement abusif de la clause, le juge tranche catégoriquement, ce qui n'est d'ailleurs pas tout à fait exact: le Code civil interdit les clauses d'élection de for dans le cadre des contrats de consommation[145]. Or cette interdiction ne vise pas « une personne morale même si elle est partie à un contrat d'adhésion »[146].

Pour cette question dans le cadre du droit européen voir C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *Oceano*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 27 septembre 2001), ci-dessous à la p 60 et s.

[143] « Excessive, déraisonnable, manifestement de mauvaise foi ».

[144] *2736349 Canada inc*. c. *Rogers Cantel inc*., *supra* note 103.

[145] Ici, comme la question porte sur la compétence d'une autorité étrangère, le juge mentionne l'article 3168 § 5 C.c.Q. : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants :

[…]

5° Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée. »

[146] *2736349 Canada inc*. c. *Rogers Cantel inc., supra* note 103.

À notre avis, le raisonnement du juge est contestable. Même s'il ne peut d'office appliquer les règles contenues au *Code civil du Québec* en matière de clauses abusives[147] tant que d'une part, il n'a pas déterminé sa propre compétence et d'autre part statué sur la loi applicable au litige[148], il est cependant obligé de vérifier la validité de la convention intervenue entre les parties puisque c'est de cette validité que dépend sa compétence[149]. En d'autres termes, le juge saisi se doit de vérifier le consentement des parties sur la clause d'élection de for. Or la question du consentement dans le cas d'un contrat d'adhésion mérite examen. Même s'il était soulevé dans le cadre de la Convention de Bruxelles, l'argument de l'avocat général dans l'affaire *Castelli*, accepté par la Cour de Justice des Communautés Européennes, a valeur universelle :

> En effet, si l'on déniait au juge saisi compétence pour se prononcer en premier lieu sur la validité de la clause d'élection d'un for étranger, il faudrait admettre que, systématiquement, il sursoit à statuer dès qu'il est saisi, aux fins de renvoyer les parties devant le juge désigné, pour laisser à ce dernier le soin de vérifier la validité de la clause lui attribuant compétence, quitte à ce que, à l'issue d'un examen négatif de ce point, ce dernier renvoie à nouveau l'affaire devant le juge initialement saisi. On perçoit immédiatement l'incohérence d'un tel mécanisme dans le système de la convention, dont l'un des objets est de faciliter la désignation rapide et immédiate d'un for compétent[150].

---

[147] Art. 1437 C.c.Q. : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. »

[148] Signalons que dans la présente affaire, la clause 15.08 du contrat portait à la fois sur la compétence du tribunal ontarien et l'application du droit ontarien.

[149] En l'instance, le juge Guthrie effleure quand même l'analyse de la « raisonnabilité » de la clause : « la défenderesse ayant son siège en Ontario et la demanderesse au Québec, n'est-il pas tout à fait raisonnable que les parties aient choisi les tribunaux de l'une ou de l'autre de ces deux provinces du Canada? ». (*2736349 Canada inc*. c. *Rogers Cantel inc., supra* note 103).

Dans une autre affaire impliquant également la société Rogers Cantel et soulevant la même question **(***2617-3138 Québec Inc. (CELL-EXPRESS)* c. *Rogers Cantel Inc*., [1998] A.Q. no 1010), la juge Bénard s'appuie sur l'article 3149 C.c.Q. qui confère compétence exclusive aux tribunaux du Québec en matière de contrat de consommation conclu par un résident du Québec ou en matière de contrat de travail si le travailleur réside au Québec. Elle constate que : « Le contrat d'adhésion n'y est pas expressément mentionné, il faut donc conclure que seuls les contrats d'adhésion fondés sur un contrat de consommation ou un contrat de travail sont exclus; dans les autres contrats d'adhésion, le choix d'un for étranger est permis ».

[150] *Supra* note 120. Conclusions de l'avocat général, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=80019077C19970159&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL&where=(txtdoc=CONTAINS='extranÈitÈ')#Footnote1> (consulté le 3 octobre 2001).

b) Le caractère international

Faut-il, pour pouvoir désigner un tribunal étranger, que l'affaire présente intrinsèquement un caractère international ou la seule désignation d'un for étranger peut-elle constituer l'élément d'extranéité nécessaire pour rendre le litige international? Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, Hélène Gaudemet-Tallon qualifiait de « critiquable […] le raisonnement selon lequel la seule attribution conventionnelle de compétence à un tribunal étranger donnerait, en quelque sorte, rétroactivement, un caractère international au litige, validant ainsi l'attribution de compétence »[151] et estimait qu' « [i]l serait, *a priori*, paradoxal d'admettre que la volonté individuelle puisse attribuer compétence à un tribunal étranger pour une affaire purement interne »[152]. Il revient à chaque droit national de juger du « paradoxe », selon ses choix en la matière.

Le *Code civil du Québec* n'offre expressément aucun indice pour répondre à la question, admettant simplement que les parties puissent élire conventionnellement un for « à propos d'un rapport juridique déterminé »[153]. La remarque mérite une attention particulière car le codificateur québécois a été plus précis en matière de rattachement normatif. En effet, l'article 3111 C.c.Q. permet aux parties de désigner la loi applicable à « [l]'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité »[154]. Comment interpréter le silence des articles sur la compétence des tribunaux? Pierre-André Côté, spécialiste québécois en matière d'interprétation des lois, livre l'avertissement suivant : « Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour

---

[151] *Ibid.* à la p. 190 note (3).

Peut-être faudrait-il faire une distinction entre un contrat et un litige international? On pourrait admettre que le contrat soit « purement interne » mais que le litige, justement en raison de la désignation d'un tribunal étranger, soit « international ».

[152] H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 42 à la p. 186.

[153] Art. 3148 § 4 et *in fine*, art. 3168 § 5 C.c.Q. (dans la version anglaise : « *relating to a specified legal relationship* »)

[154] On peut faire ici un parallèle avec les textes internationaux : la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE, en ligne : <http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc>, consulté le 5 juin 2002) [ci-après Convention de Rome]) accorde, par son article 3.1, la même permission aux contractants en

suspecte une interprétation qui conduirait […] à ajouter des termes »[155]. Il rappelle la recommandation de Lord Mersey : « C'est une chose grave d'introduire dans une loi des mots qui n'y sont pas et sauf nécessité évidente, c'est une chose à éviter »[156]. Autrement dit, si, selon l'adage, le législateur « ne parle pas pour ne rien dire », il ne se tait certainement pas sans raison. Comme la comparaison des deux articles, sur le choix de loi et sur l'élection de for, laisse perplexe en raison de la précision de l'un et du silence de l'autre, force est de conclure que l'élection de for n'est autorisée en droit québécois que dans le cadre d'une affaire comportant un élément d'extranéité.

Quel est donc l'élément d'extranéité accepté par le droit québécois? Si le contrat, l'affaire sont purement québécois, la question de la compétence « internationale » des tribunaux québécois ne se pose évidemment pas, les parties n'ayant même pas besoin de leur attribuer compétence. Si le contrat est entièrement étranger et ne relève que d'un pays, le choix par les parties du tribunal québécois est-il valide? Nous sommes encline à répondre affirmativement en raison du libellé très large du paragraphe 4 de l'article 3148 C.c.Q.[157] La même conclusion s'impose lorsque les tribunaux québécois sont appelés à se prononcer sur la compétence d'un tribunal étranger lors de la reconnaissance d'un jugement étranger puisque l'article 3168 C.c.Q. n'impose aucune condition – liée à l'internationalité – à la clause d'élection de for. Ainsi, par exemple, dans une affaire purement québécoise, les cocontractants pourraient s'entendre pour porter leur litige devant un juge étranger et, dans la mesure où celui-ci acceptera la compétence et rendra jugement, le juge québécois à qui serait demandée sa reconnaissance devrait reconnaître la compétence du tribunal étranger. On peut entrevoir une réserve cependant en raison de l'article 3164 C.c.Q. qui introduit le principe du « miroir » : la compétence des autorités étrangères est calquée sur celle des tribunaux québécois mais à une

---

envisageant, dans les mêmes termes, la possible absence d'extranéité du contrat alors que le Règlement européen est silencieux sur cette question en matière de rattachement juridictionnel.

155 P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 257.

156 *Thompson* c. *Goold & Co.*, [1910] A.C. 409, 420 dans *ibid*. à la p. 258.

157 Nous n'avons trouvé aucune cause de jurisprudence illustrant un tel cas de figure. Il y a tout lieu de croire que l'une des parties, si cela lui était nécessaire, pourrait chercher à invoquer le *forum non conveniens*.

condition, soit que « le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie »[158]. Se pourrait-il que la seule désignation des parties en faveur du tribunal d'un État par ailleurs totalement étranger au contrat ne constitue pas un lien suffisamment important? La question reste ouverte tant qu'aucun tribunal n'y a répondu

Lorsque Pierre Mayer et Vincent Heuzé constatent que la loi française admet les clauses prorogeant la compétence internationale, ils ajoutent qu' « [i]l faut que le litige soit *international* »[159], sans préciser ce qu'implique l'adjectif. Bernard Audit semble apporter une nuance en écrivant que le litige doit présenter « un caractère véritablement international »[160]. Toutefois, en 1991, il tempérait ses propos en ajoutant que cette véritable internationalité doit être « assez libéralement appréciée, afin de laisser jouer la prorogation lorsqu'il apparaît qu'elle [est] inspirée par le souci de choisir un for neutre ou plus spécialisé dans le litige »[161]. Ces derniers mots autorisent donc à penser que l'internationalité peut provenir du seul choix des parties. Commentant l'affaire CSEE, Hélène Gaudemet-Tallon constate que la Cour de cassation, tout en reconnaissant la validité des clauses d'élection de for, impose que le litige soit international. Elle ajoute : « […] le simple fait de soumettre le litige à un tribunal étranger ne saurait suffire à lui conférer un caractère international. Ce dernier doit découler d'autres circonstances…qui varieront selon les cas »[162].

Nous tournant maintenant vers les textes internationaux, mentionnons que la première des Conventions de La Haye en la matière aurait pu moins prêter à

---

[158] Cette disposition fait dépendre la compétence des autorités étrangères de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges québécois.

[159] *Supra* note 36 à la p. 200. [Les italiques sont dans le texte original].

[160] *Supra* note 30 à la p. 341. Par ailleurs, Bernard Audit a déjà affirmé, ce en quoi nous ne partageons pas entièrement son point de vue, que « [l]a condition que le litige présente un caractère international ne fera en général pas de difficulté ». (*Supra* note 49 à la p. 265).

[161] B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Économica, 1991 à la p. 324. En 2000, les derniers termes de la phrase sont remplacés par : « lorsqu'il apparaît qu'elle n'est pas inspirée par un abus de puissance contractuelle ni un esprit de fraude, mais parce que le contrat s'inscrit dans une opération internationale ». (*Supra* note 30 à la p. 341.)

[162] *Supra* note 49 à la p. 543. On remarquera qu'en l'espèce les deux parties étaient françaises. Cependant, le litige portait sur un contrat de sous-traitance et le contrat principal était indéniablement lié à la Libye.

discussion sur la question de l'internationalité du fait de sa rédaction. Son titre même est éloquent[163]. Il nous semble que le « caractère international » de la vente décrit clairement que c'est l'opération commerciale qui doit en elle-même être internationale. En outre, l'article premier *in fine* confirme la proposition : « La seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article ».

Le libellé de l'article 2 de la deuxième convention, celle de 1965, semblerait mener à la même conclusion puisqu'il précise que le texte s'applique « aux rapports internationaux »[164].

La Convention de Bruxelles n'était pas très explicite, pas plus que ne l'est le Règlement. La lettre du texte de 1968 était muette sur ce point, n'imposant donc pas un caractère international particulier au dossier. L'esprit général du texte semblait admettre que l'extranéité puisse résulter du seul choix des parties. Sur cette question, nous nous rallions à l'opinion de Georges Droz, selon qui, l'accord intervenu entre les parties « peut viser des litiges purement internes »[165] même si le cas risque d'être rare en pratique. Au contraire, Hélène Gaudemet-Tallon estime qu'il semble « préférable de décider que l'art. 17 n'intervient que si la situation est internationale et qu'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ne suffit pas à elle seule à conférer cette internationalité »[166]. On le voit, les avis sont partagés[167] et la réponse reste en suspens d'autant plus que la Cour de justice n'a pas encore été appelée à trancher la question.

---

[163] *Supra* note 87.

[164] *Supra* note 88.

[165] G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972 à la p. 129.

[166] *Supra* note 95 à la p. 83.

[167] Hélène Gaudemet-Tallon cite plusieurs auteurs qui partagent son point de vue. À part un auteur qui propose une solution intermédiaire, admettant la clause d'élection de for dans certains cas et non dans d'autres, Hélène Gaudemet-Tallon ne mentionne parmi les opposants à sa thèse que Georges Droz. Cela ne l'empêche pas de parler de « controverse ». (*Supra* note 95 à la p. 82.)

En résumé, exiger que l'affaire soit internationale pour admettre une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger s'apparente, à nos yeux, à une lapalissade, sauf à dire qu'elle soit objectivement internationale. Si tous les éléments du contrat relèvent du même ordre juridique et que les parties ont été silencieuses en matière de juridiction, la question de l'internationalité ne se pose pas, pas plus que celle de la saisine d'un juge étranger. La véritable question est de déterminer en quoi consiste la teinte étrangère de l'affaire. La seule « nationalité » du tribunal désigné suffit-elle? Nous avons constaté que la réponse est vague et les arguments flous. Nous pensons qu'obliger à ce que l'un des éléments du dossier soit « objectivement » étranger va à l'encontre du principe de la liberté contractuelle. Selon nous, c'est concevoir le rattachement juridictionnel dans le seul cadre, pour ne pas dire carcan, des éléments propres au contrat, comme le font d'autres facteurs de rattachement en la matière. En outre, le raisonnement manque de logique. Nous avons vu que généralement, on n'exige aucun lien entre le tribunal saisi et le contrat autrement qualifié d'international. On admet donc que l'élément d'extranéité objectif ne coïncide pas forcément avec la nationalité du juge étranger désigné.

1.2 Les limites

Les limites à l'exercice de la liberté contractuelle, que nous allons examiner maintenant concernent des questions de fond et correspondent à ce qu'Hélène Gaudemet-Tallon appelle des conditions de fond négatives, après avoir constaté que cet exercice n'était soumis à aucune condition de fond positive[168].

1.2.1 En raison de la matière

Si, comme nous venons de le voir, la liberté contractuelle n'est pas illimitée, son exercice est parfois totalement refusé aux parties. Les parties ne peuvent conventionnellement choisir l'autorité étatique qui règlera un éventuel différend entre elles.

Il en va ainsi dans certaines situations en raison du champ de droit considéré pour lequel le législateur prévoit des rattachements impératifs. La structure même des dispositions du *Code civil du Québec* sur le rattachement juridictionnel est éloquent à cet égard. Les articles sur les clauses d'élection de for sont uniquement contenus dans la section sur les « actions personnelles à caractère patrimonial ». C'est dire que la liberté des parties ne peut s'exercer en dehors de ce type d'actions, comme dans celles relatives aux affaires familiales ou à caractère extrapatrimonial ou dans les actions réelles[169] et mixtes.

Même dans les domaines où la volonté des parties peut s'exercer, le législateur indique des balises liées parfois à la matière envisagée. Il arrive ainsi qu'il s'arroge une compétence exclusive sur une matière et par là, refuse à toute autre autorité la possibilité de statuer sur certaines questions. La liberté des parties est, dans ce cas également, réduite à néant[170]. C'est d'ailleurs sous l'expression « compétences exclusives » que le Règlement communautaire écarte du champ de la prorogation de compétence un certain nombre de sujets, comme, par exemple, les droits réels immobiliers[171].

Notre sujet d'étude, le contrat de vente, ne fait l'objet d'aucune restriction spécifique en tant que matière.

1.2.2 En raison des personnes

L'interdiction d'exercice de la volonté peut d'un autre côté être établie en fonction de certaines personnes que le droit entend traiter de façon particulière. Dans

---

[168] Voir *supra* note 42 aux pp. 186-225.

[169] Pour une application de la règle dans le cadre d'une action en revendication doublée d'une saisie avant jugement, voir *Behaviour Communications inc.* c. *Virtual Image Productions*, REJB 1999-13612, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. Q.) <http://rejb.editionsyvonblais.com>.

[170] À titre presque anecdotique, d'autant plus qu'il se situe loin de nos préoccupations, on peut citer en exemple l'article 3151 C.c.Q. réservant compétence exclusive aux tribunaux québécois en matière de responsabilité fondée sur l'article 3129 C.c.Q., celui-ci portant laconiquement sur « l'exposition à une matière première provenant du Québec, […] son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non ».

le domaine contractuel, il restreint ainsi parfois la volonté des parties en raison de la qualité de contractants. Pour prévenir les abus qui menacent une partie « faible », il encadre de façon stricte l'exercice de la volonté. Par exemple, l'article 3149 C.c.Q. regroupe dans une même disposition deux parties qui ont un besoin particulier de protection, le consommateur et le travailleur et en leur imposant un for particulier:

> Les autorités québécoises sont […] compétentes pour connaître d'une action donnée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

Ici, le Code civil traite donc différemment deux types de contractants, les commerçants et les consommateurs. Si les premiers ont entière liberté pour exprimer leur volonté dans les contrats qui les unissent entre eux, lorsqu'ils se lient avec des consommateurs, elle est réduite. Claude Emanuelli commente ainsi l'article 3149 C.c.Q. : « Le travailleur ou le consommateur ne peut renoncer à cette compétence »[172]. À notre avis, ce n'est pas tout à fait le sens à donner à cet article qui, les termes le prouvent, n'accorde pas compétence exclusive au tribunal québécois en matière de contrats de consommation. Il serait plus juste de dire que l'on ne peut forcer le consommateur à renoncer à cette compétence, en somme qu'il ne peut pas être privé de la compétence du tribunal de son domicile ou de sa résidence. Si jamais il renonce, soit sur son initiative, soit autrement, la renonciation n'est pas irréversible et il peut toujours revenir à son for naturel.

Quelles sont les solutions du droit français à cette question? L'article 48 N.c.p.c.f. adopte une position stricte en établissant que les clauses d'élection de for ne sont pas valides à l'encontre des consommateurs: « […] toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est

---

[171] Art. 22 (art. 16 Conv. de Bruxelles).

[172] *Supra* note 81 à la p. 96.

réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçants ».

Dans l'espace européen, la Convention de Bruxelles traitait elle aussi d'une manière différente les consommateurs des autres contractants[173]. Après avoir établi les chefs de compétence en matière de contrats de consommation, posant ainsi les principes[174], elle admettait des exceptions à l'article 15, en autorisant les dérogations de compétence dans trois situations : l'élection de for est conclue après la naissance du différend; l'élection de for permet d'élargir le choix du consommateur en matière de tribunal devant lequel il peut porter sa demande; et l'élection de for désigne le tribunal du domicile commun des parties au moment de la conclusion du contrat, dans la mesure où la loi de cet État la reconnaît. Ces dispositions ne dispensaient évidemment pas les parties de se conformer aux dispositions plus générales sur les clauses d'élection de for, prévues à l'article 17 de la Convention. La Convention de Bruxelles constituait un bon exemple de cas où, sans être annihilée, la volonté des parties est restreinte. On notera également au passage que les dispositions du texte communautaire étaient en opposition totale avec le droit français qui interdit complètement les clauses d'élection de for dans les contrats entre non commerçants[175]. L'attitude des tribunaux français aurait donc été différente selon le domicile du consommateur. S'il était, de ce point de vue, européen, le tribunal n'aurait pu refuser sa compétence, en raison de la Convention de Bruxelles alors que face à un consommateur domicilié ailleurs, se fondant sur son droit propre, le tribunal pouvait refuser de donner effet à la clause d'élection de for.

---

[173] En fait, elle traitait de façon particulière deux types de contractants réputés faibles : les assurés (section 3, articles 7 à 12 bis) et les consommateurs (section 4, art. 13 à 15).

[174] Deux situations différentes sont envisagées : lorsque le consommateur est demandeur, le for prévu est, à son choix, le tribunal du domicile du commerçant ou celui de son propre domicile; lorsque le consommateur est défendeur, le seul for possible est le tribunal de son domicile (art. 14).

[175] Hélène Gaudemet-Tallon déplore l'existence du troisième alinéa de l'article 15 qui, si le consommateur change de domicile ou de résidence, lui fait perdre « la protection que la section 4 organise pour lui ». Elle ajoute qu'au regard du droit français, la portée de la disposition est limitée puisque « la règle ne joue pas si la loi de l'État du domicile commun ou de la résidence habituelle commune [du consommateur et de son cocontractant] l'interdit. Ainsi, en droit français, l'art. 48 du nouveau Code de procédure civile fait obstacle à la validité d'une telle clause dès lors qu'il s'agit d'un contrat interne ». (*Supra* note 95 à la p. 192).

Le Règlement n'apporte pas de modification substantielle à ces principes[176]. Il élargit le domaine matériel des règles de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs, domaine dorénavant « immense », selon le terme de Jean-Paul Beraudo, puisqu'il inclut « les contrats de toutes sortes »[177]. L'article 17 autorise, dans les mêmes conditions que celles prévues par la Convention de Bruxelles, la clause d'élection de for.

Nous avons indiqué précédemment que la clause d'élection de for pouvait éventuellement être considérée comme une clause abusive[178]. Au niveau européen, les consommateurs, et eux seuls, sont protégés contre les abus de leurs cocontractants par la Directive sur les clauses abusives[179]. Le texte prévoit qu'« [u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »[180], le consommateur étant une « personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »[181]. La Directive contient en annexe une liste non exhaustive des clauses pouvant constituer un abus. Parmi elles, les « clauses ayant pour objet ou pour effet : […] q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur […] ».

---

[176] Parmi les contractants réputés faibles, il compte maintenant les travailleurs (section 5, art. 18 à 21).

[177] J.-P. Beraudo, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisons en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I. 1033 à la p. 1054.

[178] Très récemment, la Cour supérieure a, une fois encore, déclaré « non-avenue et non-applicable » une clause d'élection de for contenue dans un contrat d'adhésion. La clause permettait à une caution d' « instituer des procédures judiciaires partout au monde ». Ainsi, selon le juge, « [i]l serait facile pour une institution financière aussi prestigieuse et financièrement solide de poursuivre ses débiteurs de l'autre côté de la planète pour éviter qu'ils puissent se défendre ou pour leur imposer des coûts excessifs pour le faire. Une interprétation en ce sens dénaturerait la bonne administration de la justice, faisant en sorte que des débiteurs pourraient être privés de contester des procédures judiciaires alors qu'ils ont accepté de se soumettre à une juridiction bien identifiée lors de la signature de leur cautionnement. » (*HSBC Bank Canada* c. *Mike Nytschyk*, REJB 2002-29936, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.editionsyvonblais.com>).

[179] *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, 93/13 CEE du 5 avril 1993, J.O.C.E. L.95 21 avril 1993, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1993/fr_393L0013.html> (consulté le 20 octobre 2001).

[180] Art. 3 § 1.

[181] Art. 2.

La Cour de justice européenne a eu à interpréter la notion de clause abusive dans le cadre d'un litige opposant une société espagnole à des consommateurs espagnols[182]. Les contrats intervenus entre les vendeurs d'une encyclopédie et les consommateurs comportaient une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Barcelone, lieu du siège social du vendeur mais où aucun des consommateurs n'avait son domicile. Le juge espagnol devant qui a été portée l'affaire en vertu de la clause d'élection de for a douté de sa propre compétence car « le Tribunal Supremo a déclaré abusives des clauses attributives de compétence telles que celles en cause […] »[183]. Conscient de la divergence de la jurisprudence nationale sur cette question, le tribunal a adressé une question préjudicielle à la Cour des communautés européennes visant à faire déterminer si la Directive européenne permettait au juge saisi « d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat soumis à son appréciation lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions ordinaires »[184].

La Cour s'est penchée en premier lieu sur la clause elle-même. Elle rappelle d'abord qu'avant toute autre analyse, une clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle entre le professionnel et le consommateur fait partie de la catégorie visée. Évaluant ensuite le déséquilibre provoqué par la clause entre les cocontractants, la cour estime que l'obligation ainsi faite au consommateur de se présenter devant un tribunal « qui peut être éloigné de son domicile »[185] est lourde et peut entraîner des conséquences financières pénibles. En revanche, la clause attribuant compétence aux tribunaux du siège social du vendeur, rend la comparution de celui-ci « moins onéreuse »[186]. Le déséquilibre est patent et la lourdeur de l'obligation qui repose sur le consommateur pourrait même avoir un effet dissuasif tel

---

[182] *Oceano*, *supra* note 142. La directive européenne a été transposée en droit espagnol le 13 avril 1998. La loi espagnole contient une liste à caractère minimal, d'exemples de clauses abusives. Est « considérée comme abusive l'inclusion dans le contrat d'une clause attribuant expressément compétence à un juge ou à un tribunal autre que celui qui correspond au domicile du consommateur ou au lieu d'exécution de l'obligation ». (§ 14)

[183] *Ibid.* au §18.

[184] *Ibid.* au § 19.

[185] *Ibid.* au §22.

[186] *Ibid.* au §22.

qu'il décide de renoncer à toute poursuite ou à toute défense surtout lorsque le litige porte sur des sommes peu importantes. Par conséquent, l'effet produit par la clause est bien celui décrit à l'annexe de la Directive. Quant au pouvoir du juge de statuer de son propre chef sur le caractère abusif, se fondant sur l'esprit et l'objectif de la Directive, la Cour de justice conclut qu'une « protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause »[187].

Pour finir, on peut s'interroger sur la portée de la protection accordée aux consommateurs par la Directive, empêchant les parties de disposer de toute leur liberté. À notre avis, elle est relativement restreinte puisqu'elle ne peut être mise en œuvre que « lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres »[188], quelle que soit la loi qui régit le contrat. En droit français, par exemple, ce lien se traduit par le domicile du consommateur et le lieu de proposition, conclusion ou exécution du contrat[189]. Par conséquent, lorsque le consommateur domicilié en Europe sort de cet espace, la protection tombe. De même, un consommateur étranger qui serait partie à un contrat exécuté en France ne serait pas couvert par les dispositions protectrices. Même si la protection est importante au niveau européen, il faut admettre que sur le plan mondial, cela représente peu, d'autant plus que les consommateurs sont de plus en plus enclins à se déplacer[190].

1.3 Effet et efficacité de la clause d'élection de for

Afin de pouvoir se prononcer sur l'efficacité des clauses d'élection de for, il faut vérifier si elles lient les tribunaux désignés. Si ce n'est pas le cas, on doutera de leur utilité et on en déduira que la prévisibilité, la sécurité ainsi recherchées par les

---

[187] *Ibid.* au §26.

[188] *Supra* note 179 art. 6 §2.

[189] Art. L.135-1 du *Code de la consommation*.

[190] Et leurs déplacements peuvent donner lieu à des achats d'importance. Ainsi, au Québec, il n'est pas rare ni exceptionnel que des consommateurs se rendent aux États-Unis pour y acheter des biens de consommation d'une valeur relativement élevée (matériel informatique, meubles, équipement électro-ménager, etc.).

contractants ne sont qu'un leurre. À un degré moindre, elles seront également affectées si le tribunal désigné n'a pas compétence exclusive[191].

1.3.1 Clause de prorogation de compétence

Si le tribunal saisi est celui désigné par la clause, il est lié, tant en droit français et en droit européen qu'en droit québécois. Les mots d'Hélène Gaudemet-Tallon sont toujours d'actualité : « si la prorogation est valable et si le demandeur saisit effectivement le tribunal désigné par cette prorogation, il incombe obligatoirement à ce dernier de trancher le litige […] »[192]. Toutefois, les parties et leurs conseillers juridiques ne doivent pas ignorer lorsqu'ils choisissent de désigner un tribunal québécois que, malgré la validité de la clause, celle-ci peut être repoussée par application de la théorie du *forum non conveniens*, ce qui risque de faire échec à leurs attentes[193].

1.3.2 Clause de dérogation de compétence

On peut également se demander si le tribunal saisi par le demandeur alors que l'accord entre les parties portait sur une autre juridiction peut cependant se déclarer compétent. En droit québécois, depuis 1994, le libellé de l'article 3148 *in fine* C.c.Q. fournit une réponse négative puisqu'il nie la compétence du tribunal québécois en cas d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger[194]. Rappelons à cette

---

[191] « Si la juridiction désignée n'a pas compétence exclusive, il y a à nouveau un risque de discussion sur la compétence lors du litige ». (G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 94 à la p. 641).

Nous n'aborderons pas ici la question de la vérification de la compétence du tribunal désigné par une clause non valide. Notre étude ne vise pas l'examen des clauses de prorogation sous toutes leurs facettes mais seulement l'effet des clauses valides.

[192] *Supra* note 42 à la p. 237.

[193] On note ici une particularité propre à l'ordre juridique québécois puisqu'une telle possibilité est inconcevable dans le système de common law, à l'origine de la théorie. D'ailleurs, une recherche poussée dans les diverses banques de données en droit canadien, en dehors du Québec, n'a fourni aucun dossier où l'une des parties invoquait ou n'a même tenté d'invoquer le *forum non conveniens* devant le tribunal désigné par une clause d'élection de for.

[194] En droit français, où la réponse à la question est identique, « [l]'existence d'une clause attribuant compétence à un tribunal étranger ne prive pas le juge des référés français de sa compétence, en cas de demande fondée sur

occasion que dans un cas pareil, le tribunal québécois ne doit pas, ne devrait pas, accepter l'exception de *forum non conveniens* puisque pour la faire jouer, sa compétence doit être établie.

Toutefois, même si le tribunal saisi n'est pas celui désigné par les parties, là encore, la volonté des parties, ou du moins celle de l'une d'elle, en l'occurrence le défendeur, peut s'exercer. En effet, celui-ci peut, bien qu'attrait devant le tribunal québécois en dépit de la désignation conventionnelle, reconnaître sa compétence : « Cette reconnaissance a lieu lorsque le défendeur comparaît volontairement et plaide au fond sans soulever l'absence de compétence des autorités québécoises en vertu de la convention d'élection de for »[195]. Il s'agit ici d'une prorogation tacite de juridiction, comme l'envisagent l'article 3148 *in fine* C.c.Q. et l'article 24 du Règlement européen.

Sortant du cadre des ordres juridiques explorés jusqu'à présent, il nous semble intéressant de mentionner maintenant ce qu'il en est dans le reste du Canada. Les tribunaux de common law semblent accorder peu, voire très peu, d'importance à la clause d'élection de for, du moins à celle qui a pour effet de retirer sa compétence au tribunal canadien.

Un bon exemple de l'attitude des magistrats canadiens de common law est fourni par *Valmet Paper Machinery Inc.* v. *Hapag-Lloyd Ag*., décision rendue par un tribunal de première instance de Colombie-Britannique[196]. Dans cette affaire, un contrat de transport d'une pièce de machinerie à destination de la Colombie

---

l'urgence ou le péril, dès lors que la mesure sollicitée doit s'exécuter en France. Cette solution ne s'étend pas au référé-provision. » (P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 202).

Le droit québécois connaît évidemment aussi la notion d'urgence ou d'impossibilité. Dans ces circonstances, il attribue compétence au juge même sur les questions de fond. L'article 3136 C.c.Q., consacrant le principe du for de nécessité, doit recevoir application même si les parties ont dérogé conventionnellement à la compétence des tribunaux québécois tout en imposant une condition : « Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec ».

[195] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 908.

[196] [1996] B.C.J. No. 2655 (B.C.S.C.).

Britannique entre une partie finlandaise et son cocontractant allemand contenait la clause suivante : « Gerischstand fur Beide Teile ist Bremen »[197]. Au cours du transport, la marchandise fut endommagée et le transporteur allemand a été attrait devant la cour suprême de Colombie Britannique. Il invoque alors la clause d'élection de for pour contester la compétence du tribunal saisi. Le juge Sigurdson doute en l'occurrence de la validité de la clause et ajoute : « However, it should be remembered that even if there is a binding jurisdiction clause, there is nevertheless a discretion to decline to follow that clause in appropriate circumstances »[198].

Dans les juridictions de common law, la clause d'élection de for semble donc nettement moins efficace qu'au Québec, par exemple. Ici, se fondant sur le *Code civil du Québec*, les magistrats commencent par se demander s'ils ont compétence : si la clause la leur attribue, la réponse est affirmative et exceptionnellement, ils pourront s'en dessaisir. Si la clause ne proroge pas compétence en leur faveur, ils se déclareront non compétents, quitte à appliquer la règle du forum de nécessité, prévue par l'article 3136 C.c.Q.[199]. Au Canada anglais, le raisonnement est moins systématique et la clause d'élection de for n'est que l'un des éléments, parmi d'autres, que le juge évaluera pour déterminer s'il a compétence. Le seul exercice par les parties de leur volonté n'est pas suffisant en soi pour lier le tribunal.

1.3.3 Exclusivité du tribunal désigné

Quant à l'exclusivité de compétence du tribunal désigné, la question reçoit des réponses variées selon les ordres juridiques considérés. Nous avons mentionné précédemment que le droit international privé québécois n'attribue d'exclusivité à ses

---

[197] « Compétence du tribunal de Brême pour les deux parties ».

[198] *Supra* note 196. [De toutes façons, on doit se souvenir que même en présence d'une clause de juridiction obligatoire, le tribunal conserve une discrétion pour l'écarter dans certaines circonstances].

Voir également *A & W Computers Inc*. v. *Hinners*, [1997] B.C.J. No. 521 (B.C.C.A.) et *Caribbean Ispat Ltd.* v. *Companhia de Navegacao Lloyd Brasilairo*, [1992] F.C.J. No. 1163.

[199] Jusqu'à présent, à notre connaissance, il n'a jamais été appliqué. (Voir ci-dessous à la p. 164).

tribunaux que dans un cas[200]. Par conséquent, en dehors de cette situation, la compétence attribuée au tribunal québécois par une élection de for n'empêche pas les parties de porter l'affaire ailleurs sauf, évidemment, si les parties elles-mêmes ont attribué une compétence exclusive au tribunal québécois. De même, elles peuvent, en vertu de l'article 3165 § 3 C.c.Q., attribuer compétence exclusive à un tribunal étranger, ce qui devrait obliger le juge québécois, s'il est saisi, à se déclarer incompétent[201].

Le texte du Règlement européen sur la prorogation de compétence est plus précis que le code québécois. En effet, une clause d'élection de for donne au tribunal ou aux tribunaux désignés « une compétence exclusive »[202]. Par conséquent, « [l]e défendeur régulièrement assigné ne peut contester la compétence du tribunal ainsi choisi. Et si, au contraire, le demandeur l'assigne devant un autre tribunal, il lui suffira de soulever une exception d'incompétence fondée sur la clause pour que le tribunal saisi se déclare incompétent »[203]. Toutefois, ceci n'est vrai que dans la mesure où au moins l'une des parties a son domicile sur le territoire d'un État contractant et où le tribunal désigné est celui d'un État contractant, donc en cas de lien important entre le litige et la Communauté européenne. En revanche, en vertu du paragraphe 3 de

---

[200] Art. 3151 C.c.Q. À ce sujet, voir la différence de rédaction entre cet article qui comporte l'expression « compétence exclusive » et celle des articles 3148 et 3168 C.c.Q. qui ne parle que de « compétence ».

[201] Voir *JS Finance Canada* c. *JS Holding SA*, REJB 1999-12408, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. A.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>. Le contrat entre les parties contenait la clause suivante : « Le présent contrat est exclusivement soumis au Droit suisse. Tout litige relatif à sa conclusion, son interprétation, ou son exécution sera soumis aux tribunaux compétentes du Canton de Genève, quel que soit le siège des parties ». Le jugement de la cour d'appel n'est pas un modèle linguistique dans la mesure où il désigne constamment cette clause comme une « clause compromissoire ». Quoi qu'il en soit, la juge Thibault écrit, au nom de la Cour : « L'appelante plaide que la clause intervenue entre les parties constitue une clause compromissoire parfaite, c'est-à-dire qu'elle confère la compétence d'attribution aux autorités suisses à l'exclusion de toutes autres. Je partage son avis. Bien qu'on ne retrouve pas au contrat une clause stipulant de façon spécifique l'exclusion des tribunaux québécois, j'estime que ceux-ci sont tout de même exclus implicitement en raison de l'utilisation de termes impératifs qui, aux termes de l'article 51 de la *Loi d'interprétation* [L.R.Q. c. I-16] impliquent une obligation absolue de recourir aux autorités suisses pour tout litige relatif à la conclusion, l'interprétation ou l'exécution des conventions intervenues entre les parties. »

En fin de comptes, malgré cela, le tribunal en est venu à appliquer l'article 3148 *in fine* C.c.Q. et à admettre la compétence des autorités québécoises en raison de leur reconnaissance par l'appelante.

[202] Règlement européen, *supra* note 93, art. 23 §1. L' article 17 al. 1 de la Convention de Bruxelles prévoyait que les tribunaux ainsi désignés étaient « seuls compétents ».

En vertu du Règlement, les parties peuvent préférer, conventionnellement, de ne pas attribuer compétence *exclusive* à un tribunal (art. 23 § 1).

l'article 23, l'effet de la clause est différent lorsque « aucune [des parties] n'a son domicile sur le territoire d'un État membre». Dans ce cas, le tribunal désigné n'a certainement pas « une compétence exclusive». Se penchant sur la Convention de Bruxelles, Hélène Gaudemet-Tallon décrit les différents cas de figure qui peuvent se présenter en cas d'élection de for en faveur du tribunal d'un État contractant par des parties non domiciliées dans la Communauté. Nous nous contenterons de reproduire sa conclusion, éloquente : « Cet article 17 al. 2 est révélateur de la difficulté éprouvée quand on veut faire intervenir la Convention de Bruxelles alors que le litige n'a pas de lien particulier avec la Communauté […] »[204].

En conclusion, il faut donc reconnaître que la clause d'élection de for n'offre pas toujours aux parties une garantie ferme en la matière. Dans chaque cas, les parties qui désirent désigner conventionnellement un tribunal devront au préalable s'assurer que l'ordre juridique désigné leur donne plein effet. Nous avons relevé quelques divergences entre certains ordres juridiques. Or, actuellement, elles ne sont pas aplanies par un texte international. Le Règlement européen lie certes une quinzaine de pays mais jamais il ne pourra s'étendre à d'autres États que ceux de l'Union européenne. Son efficacité, en ce sens, est donc limitée par rapport à l'étendue des relations commerciales internationales.

1.4 Le projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale

Nous avons signalé l'échec des conventions de La Haye en ce domaine[205]. Il y a une dizaine d'années, la Conférence de La Haye pour le droit international privé a décidé de « tenter de remettre l'ouvrage sur le chevalet pour dessiner une nouvelle convention multilatérale »[206] en matière de compétence internationale et de

---

[203] H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 95 à la p. 94.

[204] *Ibid*. à la p. 95.

[205] *Supra* note 87 et note 88.

[206] Conférence de La Haye de droit international privé, *supra* note 51.

reconnaissance des jugements étrangers. Le texte définitif n'est pas arrêté mais il nous semble pertinent d'en faire ici une brève présentation.

Si le for de principe est celui du domicile du défendeur[207], le projet prévoit et autorise l'élection de for. Il est intéressant de reproduire ici le texte du premier paragraphe de l'article 4, au stade où il en était à la fin de l'année 2001 :

> 1. Si les parties sont convenues [d'un tribunal ou] [des] tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, [ce tribunal ou ces] [les] tribunaux [de cet État contractant] sont [,sous réserve de la compétence à raison de la matière,] seuls compétents, à moins que les parties n'en aient décidé autrement. Si une convention désigne à titre exclusif [un tribunal ou] [des] tribunaux d'un État non contractant, les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si [le tribunal ou] les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. [La validité d'une telle convention en cas de manque de consentement (notamment en cas de fraude ou de contrainte) ou d'incapacité est soumise au droit national, y compris ses règles de droit international privé.][208]

L'élection de for sera-t-elle réservée aux relations transnationales? La réponse est loin d'être claire. De prime abord, c'est sans ambiguïté que l'article 2 de la Convention, dans la forme actuelle du projet, décrit son champ d'application territorial en spécifiant , sans autre condition, que lorsque « toutes les parties ont leur résidence habituelle » dans le même État, elles peuvent cependant désigner conventionnellement le tribunal d'un autre État. En somme, « il n'est pas nécessaire que le contrat prévoie une fourniture transfrontière de biens ou de services ou que ce contrat soit lié à une autre transaction de nature internationale »[209]. Alors donc que le

---

[207] Art. 3.

[208] *Supra* note 127. Les termes ou expressions entre crochets constituent des alternatives.

La situation est encore plus complexe car on trouve sous l'article 7 portant sur le rattachement objectif des contrats de consommation d'autres dispositions, toujours sous formes d'options, de variantes et de sous-variantes, liées à la clause d'élection de for.

[209] Conférence de La Haye de droit international privé, « Avant-projet de convention sur la compétence internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 11, août

texte du projet de convention et que le commentaire fait à son sujet en août 2000 semblent autoriser l'élection de for dans le cadre de relations internes, les commentateurs de la première partie de la Conférence Diplomatique, tenue l'année suivante, indiquent à propos de cet article :

> Une inquiétude s'est exprimée quant à l'alinéa a) qui, dans sa présente forme, pourrait avoir pour effet d'appliquer la Convention à des situations purement domestiques, qui impliqueraient non seulement des parties habituellement résidentes dans un seul État, mais aussi des relations juridiques et des questions entièrement limitées à l'État[210].

C'est pourquoi certains ont proposé de rajouter à l'article 2 *a*) « dès lors que le litige présente un caractère international »[211].

En ce qui concerne la forme de la clause, prévue au paragraphe 2 de l'article 4, le projet reprend les quatre conditions prévues par la Convention de Bruxelles en les actualisant, c'est-à-dire en acceptant que les communications entre les parties puissent s'effectuer autrement que sur un support papier, notamment « par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

Il y a matière à discussion sur un point important, qui en est encore au stade de proposition : « Les parties ne peuvent être privées du droit de conclure une telle

---

2000, (Rapport établi par Peter Nygh et Fausto Pocar), à la p. 41, en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgmdp11.doc> (consulté le 14 septembre 2000).

[210] *Supra* note 127. Et curieusement, comme preuve de l'inquiétude, ils font allusion au passage de Peter Nygh et Fausto Pocar que nous venons de reproduire (*supra* note 209). Pour notre part, nous ne décelons dans leurs propos ni inquiétude, pas plus que du regret ou de l'approbation, seulement une constatation.

[211] Cet ajout risque d'engendrer des discussions supplémentaires : « Il a été objecté à cette proposition, au motif qu'il serait difficile de définir la nature internationale d'un différend, avec pour conséquence des interprétations divergentes. L'avis selon lequel cette question devrait uniquement être déterminée par le tribunal désigné a également été exprimé. D'autres suggestions ont été faites : la suppression de la lettre a) selon laquelle la Convention, y inclus l'article 4, ne s'appliquerait pas si les parties à une clause d'élection de for étaient habituellement résidentes dans un seul État, ou étendre l'application de l'article 22 afin de permettre au tribunal désigné, dans une telle situation, de refuser d'exercer sa compétence. » (Conférence de La Haye de droit international privé, s*upra* note 127).

convention »[212]. Si la proposition était adoptée, et cela nous semblerait heureux car ainsi elle assurerait une réelle efficacité aux clauses d'élection de for, cela signifierait que « le droit national ne peut pas interdire, de façon expresse ou par le biais de l'ordre public, les conventions attributives de juridiction, sauf dans les cas permis par la Convention comme les contrats de consommation ou les contrats individuels de travail »[213]. En fait, comme nous le verrons plus loin, le projet n'interdit pas, au contraire, l'élection de for dans le cadre des contrats de consommation. Rappelons que le texte du paragraphe 5 de l'article 4 est justement nécessaire parce que aucun pays européen, à l'instar de la France, n'autorise les clauses d'élection de for en matière de contrat de consommation.

Finalement, selon le projet, les tribunaux désignés sont « seuls compétents, à moins que les parties n'en aient décidé autrement »[214].

Il convient de remarquer qu'au stade où en est le texte, aucun terrain d'entente n'a été trouvé en ce qui concerne les consommateurs et les clauses d'élection de for. Pour preuve, le projet d'article 7, comporte trois options différentes dont l'une présente deux variantes. Alors que dans l'état actuel, les trois options reconnaissent la validité des clauses d'élection de for entre un commerçant et un consommateur, « [u]ne quatrième option a été suggérée : exclure les contrats entre entreprises et consommateurs (« *business to consumer* ») du champ d'application de la Convention »[215]. On constate en effet que le sort de l'article 7 au complet est en suspens comme le montre son inclusion entre crochets.

---

[212] *Ibid*. art. 4 § 5.

Il n'y pas non plus accord sur la loi qui détermine « la validité matérielle d'une convention attributive de juridiction. » (*Ibid*. art. 4 §4).

[213] *Ibid*. à la note 28.

[214] *Ibid*. art. 4 §1.

[215] *Ibid*. à la note 43.

Le secrétariat de la Conférence a émis en août 2002 un nouveau document[216], faisant état des dernières propositions de la Commission chargée du projet, qui s'est réunie en avril 2002 « pour décider, entre autres, de l'orientation future »[217] du projet de convention. La réflexion sur le dernier point que nous venons de mentionner a progressé puisque la question centrale que se posent les membres de la Commission est maintenant: « Est si la Convention était limitée aux clauses d'élection de for dans les affaires entre professionnels? »[218]. Le champ d'application de la convention serait limité aux professionnels, excluant par le fait même les contrats de consommation, et l' « élection de for [serait] le seul chef de compétence expressément prévu par la Convention »[219]. Ces différences majeures avec le projet initial obligent évidemment à revoir toutes les dispositions proposées jusqu'ici ainsi que la structure même de la future convention.

2. La convention d'arbitrage

Par l'exercice de leur liberté, les parties peuvent évincer l'intervention judiciaire au profit de l'arbitrage qui, comme le disait Lord Mustill, « a dû exister depuis l'aube du commerce »[220]. Elles peuvent en effet préférer s'adresser à un système de justice privée, qui présente pour elles plusieurs avantages.

---

[216] Conférence de La Haye de droit international privé, « Document de réflexion pour aider à la préparation d'une convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 19 Août 2002, (préparé par Andrea Schulz), en ligne : <ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgm_pd19f.doc> (consulté le 26 septembre 2002).

[217] *Ibid*.

[218] *Ibid*.

[219] *Ibid*. Cependant, le document pose la question suivante : « Et si nous ajoutions une règle sur le for du défendeur? » (*Ibid*.)

[220] *Supra* note 13 à la p. 2.

2.1 Les parties peuvent se soustraire à toute juridiction étatique

Avant de décrire les conditions de la convention d'arbitrage (2.2), il convient de vérifier comment le droit reçoit ce « rejet » de l'autorité étatique. La question se pose en effet car, comme l'écrit Alain Prujiner, « les juges sont souvent jaloux de leurs prérogatives et regardent avec réticence toutes les tentatives de restriction de leurs compétences, qu'elles soient d'origine législative ou contractuelle »[221]. À cette fin, nous vérifierons dans quelle mesure les législateurs autorisent les parties à recourir à l'arbitrage (2.1.1) pour ensuite vérifier les effets des conventions d'arbitrage tels que les évaluent les juges étatiques (2.1.2)[222].

2.1.1. Admission du principe

La volonté pour des parties d'adresser leur différend à une personne en dehors de l'appareil judiciaire étatique n'est pas récente. Sans parler des périodes précédentes, l'arbitrage connut un formidable essor au Moyen Âge, en raison notamment des nombreuses formes de justice officielle auxquelles étaient confrontés les justiciables. À cette époque, « [i]l est donc difficile au plaideur de découvrir, dans le maquis des juridictions, celle devant laquelle il peut normalement porter son différend. Plutôt que de voir sa demande rejetée après un long examen, il préfère recourir à l'arbitrage »[223]. Par la suite, la faveur de l'arbitrage, considéré comme une

---

[221] A. Prujiner, « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Art. 8 de la Loi-type de la CNUDCI) », (1994) 3 *Revue de l'arbitrage* 569 à la p. 570.

Ainsi s'exprimait d'ailleurs un juge québécois au début du XXe siècle : « [J]e n'aime pas […] ces mots d'arbitre et d'arbitrage, qui comportent substitution du compromis au jugement, de l'utilité pratique à la vérité, du bon sens – ou de ce qu'on voudrait faire passer pour tel – à la loi. » (É.-F Surveyer, « Réformes proposées au Code de procédure civile » (1924) 2 R. du D. 351, à la p. 352, cité dans L. Marquis, *supra* note 36 à la p. 450.)

[222] À cet égard nous sommes de l'avis de Nathalie Copiel-Cordonnier (*supra* note 44) pour qui cette question est nettement plus intéressante et pertinente que du point de vue de l'arbitre lui-même.

[223] Y. Jeanclos, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XIIe au XVe siècle*, Dijon, Centre de recherches historiques, Faculté de droit et de science politique, 1977 à la p. 13 dans L. Marquis, « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel », dans P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 447 à la p. 450, note 15.

« justice secondaire[224] », déclina peu à peu pour reprendre toute sa vigueur au XXe siècle, à l'origine en matière commerciale[225].

L'arbitrage constitue maintenant le mode de prédilection des règlements des litiges au sein de la communauté marchande[226]. Il est en effet parfaitement adapté au commerce international : il allie rapidité et souplesse tout en assurant aux parties une discrétion certaine, absente des procédures judiciaires[227]. De plus, il permet de s'adresser à des personnes qui ont, plus souvent que les juges, une expertise à la

---

[224] L. Marquis, *supra* note 223 à la p. 452.

[225] Jusqu'au milieu du XXe siècle, l'arbitrage « n'était envisagé et organisé que lorsqu'une dispute s'était élevée et le rendait nécessaire ». (R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Économica, 1981 à la p. 5.) Le phénomène de la prévision de l'arbitrage avant tout différend est donc récent.

[226] Nous employons le terme « litige » pour désigner toute contestation portée devant une autorité, marquant ainsi la différence avec la notion de différend, utilisée ici dans un sens large pour traduire un désaccord entre les parties. Si, à la base de tout litige se trouve un différend, tout différend ne donne pas lieu à un litige. La pratique démontre que seulement une minorité de différends entre commerçants se transforme en litiges, portés devant une autorité, étatique ou arbitrale. En général, les cocontractants préfèrent négocier des arrangements entre eux. En 1996, deux auteurs rapportent les résultats d'une étude menée auprès de juristes d'entreprises dans le domaine de l'industrie de raffinage du pétrole brut. L'une des questions concernait le nombre de contrats conclus depuis 1974 dont l'exécution avait donné lieu à un litige. Sur l'ensemble des contrats, 12% avaient fait l'objet d'un différend. Sur ce nombre, 13% avaient été portés devant une instance judiciaire, 9% avaient été réglés par arbitrage et 76% avaient été réglés de façon informelle. (Voir U. Draetta et R. Lake, *Contrats internationaux, pathologie et remèdes*, Bruxelles, Bruylant, 1996 à la p. 21.)

L'arbitrage convient tellement bien au commerce international que des auteurs traitant des « contraintes » propres à ces opérations en décrivent trois types en matière judiciaire. Le juge désigné représente une « contrainte subie », le juge choisi une « contrainte réduite » et finalement, l'arbitre constitue une « contrainte écartée ». (Voir J.-M. Mousseron *et al.*, *supra* note 14 aux pp. 129-162.)

En l'exprimant autrement, l'ancien ministre français Robert Badinter estime également que les tribunaux judiciaires ne sont pas appropriés aux opérations du commerce international : « Les juridictions étatiques se heurtent à trop d'obstacles lorsqu'elles ont à connaître de litiges économiques internationaux pour qu'on puisse affirmer qu'elles en sont les juges naturels ». (R. Badinter, « Ouverture des travaux » dans CCI, *Programme du 60e anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la CCI*, Paris, ICC Publishing, 1984, 21, à la p. 22.)

[227] On parle ici de discrétion tant au niveau de l'audience que de la décision. Sur cet aspect, on sait que les sentences ne sont pas publiques, elles « appartiennent » aux parties. Toutefois, il est quelque fois possible d'en prendre connaissance. En premier lieu, les décisions arbitrales sont parfois contestées devant les tribunaux judiciaires, ce qui en facilite l'accès, au moins partiel. D'autre part, les sentences arbitrales commencent à faire l'objet de publications.

En ce qui concerne la rapidité, elle est relative. Cependant, on fait souvent remarquer que « la simplicité des procédures et des moyens de preuve est telle dans le cas de l'arbitrage que sa durée est généralement beaucoup plus courte que tout recours judiciaire. » (N. Antaki, « L'arbitrage commercial : concept et définitions », Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, Québec, 5-7 novembre 1987 (1987) C.P. du N. 491 à la p. 505). Pour une présentation des avantages et inconvénients de l'arbitrage, voir, également É. Loquin, « Arbitrage. Définition, nature juridique, distinctions avec d'autres institutions, avantages et inconvénients» (1997) 3 *Juris-Classeur Procédure civile*, Paris, fasc. 1005, § 98 à 117. Sans toutefois développer cette question, Pierre Bellet et Ernst Mezger mentionnent les « dangers indéniables que comporte l'arbitrage ». (P. Bellet et E. Mezgler, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile » (1981) R.C.D.I.P. 611 à la p. 614.) Voir également P. Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux », (1996) 56 R. du B. 39 aux pp. 44-46.

fois dans les mécanismes du commerce international et dans la matière dont relève le litige. Finalement, il permet parfois d'éviter, en tout ou en partie, l'application de droits étatiques pour recourir à d'autres règles, mieux adaptées aux relations en cause.

Au Québec, la situation de l'arbitrage a longtemps été ambiguë. En effet, une modification du *Code de procédure civile* en 1966 a introduit la clause compromissoire, à l'article 951, alors qu'était maintenue, en matière de lieu d'introduction de l'action, la restriction « nonobstant convention contraire »[228].

L'arrêt de principe sur la clause compromissoire provient de la Cour suprême du Canada. En 1983, dans l'affaire *Zodiak*, le plus haut tribunal du pays en a clairement admis la validité et la légalité en droit québécois[229]. Dans le cadre d'un contrat de distribution de films, deux entreprises avaient conclu une clause compromissoire. L'une des parties s'est adressée au tribunal arbitral désigné dans la clause pour annulation non autorisée du contrat. N'ayant pas obtenu gain de cause, « comme si de rien n'était »[230], elle s'adresse ensuite au tribunal québécois. La partie adverse allègue l'incompétence de la Cour supérieure en invoquant notamment la clause d'arbitrage. La Cour suprême devait par conséquent répondre à la question suivante : la clause compromissoire parfaite est-elle valide en droit québécois? L'affaire est l'occasion pour la cour de faire la distinction entre clause compromissoire parfaite, clause facultative, clause d'arbitrage préalable et compromis. Deux éléments sont essentiels pour que la clause soit parfaite : il faut que « les parties se soient obligées à passer compromis et que la sentence arbitrale soit finale et lie les parties »[231].

---

[228] Art. 68, depuis le 1er septembre 1966, auparavant art. 94 C.p.c.Q. de 1897.

[229] *Supra* note 81.

[230] *Ibid.* au § 9.

[231] *Ibid.* au § 44.

Le juge Chouinard rappelle que sous l'empire du *Code de procédure civile* de 1897, « la clause compromissoire parfaite était invalide comme contraire à l'ordre public »[232]. À l'inverse, la modification de 1966, par son article 951[233], en reconnaît la validité et la légalité. Cette attribution juridictionnelle sur base conventionnelle à un arbitre retire sa compétence au tribunal étatique. Aborder la question de compétence oblige à distinguer entre compétence *ratione personae* et compétence *ratione materiae*. La Cour suprême conclut que par la clause compromissoire, les tribunaux de droit commun deviennent incompétents *ratione materiae*, ce qui a notamment pour conséquence que l'incompétence peut être soulevée en tout état de cause.

C'est à partir de la distinction entre compétence *ratione personae* et *ratione materiae* que se dissipe l'apparente contradiction entre les dispositions du Code civil et celles du Code de procédure. Celui-ci, à son article 68, traite d'« une juridiction *ratione personae* »[234]. Il interdit donc aux parties de désigner un autre tribunal étatique que ceux prévus par la loi. En revanche, dans la mesure où la clause arbitrale concerne la compétence *ratione materiae*, libre aux parties de la retirer aux tribunaux de droit commun pour en investir l'autorité non étatique de leur choix.

Depuis l'introduction des dispositions sur l'arbitrage dans le code civil en 1986, aucun doute n'est plus permis, le droit québécois autorise la convention d'arbitrage en matière interne comme sur le plan international. La réforme de 1994 renforce l'affirmation. Ainsi, rappelons que le texte de l'article 68 C.p.c.Q. a été amendé. Avant les mots « nonobstant convention contraire », on lit maintenant que les règles qu'il établit sont applicables « sous réserve […] des dispositions du Livre X au Code civil du Québec », soit les dispositions de droit international privé . De plus, les articles du Code civil sur le rattachement juridictionnel en matière personnelle à

---

[232] *Ibid.* au §18.

[233] « Dans les cas où la clause compromissoire est admise, elle doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l'une d'elles s'y refuse, et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n'en ait décidé autrement. »

[234] *Importations Cimel Ltée* c. *Pier Augé Produits de Beauté*, [1987] A.Q. no 1876 (C.A.).

caractère patrimonial parlent expressément de la possibilité de désigner conventionnellement un tribunal arbitral[235].

Les dispositions législatives encadrant l'arbitrage sont réparties entre le *Code civil du Québec*[236] et le *Code de procédure civile*[237]. Le premier porte sur l'aspect contractuel de la convention d'arbitrage[238]. Il ne constitue pas une nouveauté car l'ancien *Code civil du Bas-Canada* avait été modifié en 1986 afin d'introduire dans le droit québécois les principes de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à laquelle le Canada a adhéré la même année[239]. Les nouvelles dispositions de 1994 reprennent pratiquement mot à mot les précédentes.

Le principe général est exprimé à l'article 2638 C.c.Q.: « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux ». L'article, qui reprend « la pensée autonomiste sous-jacente à la Loi type »[240], réunit à la fois la clause compromissoire et le compromis. De plus, et nous y reviendrons, l'article indique également l'effet de la clause d'arbitrage.

---

[235] Art. 3148 *in fine* et art. 3165 §3 C.c.Q.

[236] Art. 2638 à 2643 C.c.Q.

[237] Art. 940 à 947.4 C.p.c.Q.

[238] D'ailleurs, le chapitre consacré à l'arbitrage fait partie du livre cinquième du Code civil portant sur les obligations, au titre des contrats nommés.

[239] *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, 21 juin 1985, Document A/40/17, annexe I, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arb-f.htm> (consulté le 31 octobre 200). En fait, il s'agit plus d' « une *adaptation* [que d'] une *adoption* textuelle » des dispositions de la loi type. (J. E. C. Brierley, « De la convention d'arbitrage », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 à la p. 1067. [Les italiques sont dans le texte original]). En effet, mentionnons, par exemple, que la loi type encadre l'arbitrage commercial international (art. 1.3) alors que le Code civil ainsi que le Code de procédure ne limitent pas le champ d'application à un domaine particulier.

Louis Marquis parle de « l'état de sous-développement du droit québécois de l'arbitrage » avant l'entrée en vigueur des dispositions de 1986. (*Supra* note 223 à la p. 468.)

Comme la loi type n'est pas un instrument conventionnel international mais plutôt un guide, une source d'inspiration pour les législateurs nationaux, nous ne consacrerons pas de développement particulier à ce texte, d'autant plus que justement, le législateur québécois en a repris de nombreux principes.

[240] L. Marquis, *supra* note 223 à la p. 471.

En matière purement internationale, comme nous venons de le signaler, deux dispositions affirment l'admission de la clause d'arbitrage. Le tribunal québécois accepte que les parties lui retirent compétence lorsqu'elles « ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport de droit déterminé, à […] un arbitre »[241]. De même, en cas de demande de reconnaissance ou d'exécution des décisions étrangères, le tribunal québécois doit en premier lieu se prononcer sur la compétence de l'autorité qui a rendu la décision dont on demande la reconnaissance et l'exécution, en vertu de l'article 3155 § 1 C.c.Q. L'un des cas où le tribunal refusera de reconnaître la compétence judiciaire est celui où « le droit du Québec reconnaît une convention par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre »[242].

Le droit français reconnaît également les clauses compromissoires. Au XIXe siècle, la clause compromissoire soulevait une certaine appréhension : « Il ne faut pas légèrement transporter à des juges inconnus, la connaissance d'une contestation à naître »[243]. C'est cette réticence, d'origine prétorienne, que le codificateur a par la suite transposée dans le Code civil[244], alors que les nécessités du commerce interne et international avaient auparavant mené à l'admission de la clause compromissoire en matière commerciale en 1925.

La clause compromissoire est apparue dans le *Code de commerce*[245] par la loi du 31 décembre 1925. S'inscrivant dans le seul cadre des relations commerciales, *a contrario*, on a pu en déduire qu'elle était interdite en matière civile ou mixte. En 1972, le Code civil lui réserve une place mais pour en déclarer la nullité de principe.

---

[241] Art. 3148 *in fine* C.c.Q.

[242] Art. 3165 § 3 C.c.Q.

[243] Conclusions de l'avocat général Hello dans l'affaire Cass. civ., 10 juillet 1843, *Cie L'alliance* c. *Prunier*, S. 1843.1.561, citées dans C. Jarrosson, « La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.) », (1992) Rev. arb. 259 à la p. 262.

[244] L'article 2061 C.c.f. se lisait ainsi : « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ».

[245] Lorsque le contexte le permettra, le *Code de commerce* sera par la suite désigné par l'abréviation C.comm.

C’est par la réforme du *Code de procédure civile*, le 14 mai 1980, que la convention d’arbitrage a acquis toute sa force et sa validité.

Charles Jarrosson remarquait en 1992 : « [U]n bref regard sur le droit français de la clause compromissoire a […] de quoi laisser perplexe [puisqu’elle] est prohibée par le Code civil; elle est autorisée par le Code de commerce; elle est définie et régie par le Code de procédure civile »[246]. Même si la chronologie s’opposait à la synthèse en trois points que nous proposons, il nous semble que la façon la plus simple de présenter la situation en France jusqu’à très récemment était la suivante : l’article 1442 N.c.p.c.f. définissait la clause compromissoire; l’article 2061 C.c.f. en posait l’interdiction de principe; et finalement, *le Code de commerce*, maintenant le *Code de l’organisation judiciaire*, prévoyait une exception[247] à l’interdiction décrétée par le *Code civil*.

Le sort réservé à la clause compromissoire par le Code civil a changé en mai 2001 puisque l’article 2061 a été modifié par la *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*[248]. Dorénavant, « [s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » Le nouvel article pose donc le principe de la validité de la clause, assortie d’un critère d’activité professionnelle.

En ce qui nous concerne, de toutes façons, il avait été établi que l’article 2061 était « sans application dans l’ordre international »[249]. Le *Code de procédure civile* comprend deux volets en la matière. Il traite de la clause compromissoire en

---

[246] C. Jarrosson, *supra* note 243. En 2000, l’ordonnance du 21 septembre instituant le nouveau *Code de commerce* (*Ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce*) n’avait pas repris les dispositions sur la compétence des tribunaux de commerce traitant de la clause compromissoire. Elles ont été par la suite insérées dans le *Code de l’organisation judiciaire* par la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, art. 127, en vigueur le 19 décembre 1991, Journal Officiel du 16 mai 2001 à l’article L411-4, en ligne : <http://www.adminet.com/jo/20010516/ECOX0000021L.html> (consulté le 20 octobre 2001).

[247] Art. L-411-4.

[248] *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001*, *supra* note 246.

[249] Cass. civ. 1[re], 5 janvier 1999, en ligne : <http://www.glose.org/Juris/7348.html> (consulté le 31 octobre 2001).

général et dans l'ordre interne d'une part puis consacre d'autre part quelques articles à la question spécifique de l'arbitrage international[250]. La réforme, relativement récente puisqu'elle date d'une vingtaine d'années[251], « apporte […] une consécration éclatante »[252] à l'arbitrage international. La lecture des dispositions du *Code de procédure civile* mène à la constatation que la liberté des parties tient une place essentielle en la matière, ou pour reprendre les termes de Jean Robert, « l'autonomie de la volonté des parties [est] presque sans limite »[253]. Elles sont libres en effet de désigner les arbitres, de prévoir la procédure à suivre, de choisir la loi applicable à la procédure d'arbitrage et au fond du litige.

Il convient de mentionner enfin une particularité de la clause d'arbitrage, soit son autonomie[254]. Cela signifie qu'elle a un sort indépendant du contrat à l'occasion duquel elle a été formulée, même si elle y est matériellement incluse, et n'en est pas un accessoire. Sur ce point, le droit québécois est très clair. L'article 2642 C.c.Q. énonce en effet : « Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage. »

---

[250] Convention d'arbitrage interne: art. 1442 à 1446 N.c.p.c.f. Arbitrage international : art. 1492 à 1497 N.c.p.c.f. La France est l'un des rares pays dont la loi fait une distinction entre arbitrage interne et arbitrage international.

Contrairement au Québec, en France, c'est dans le Code de procédure civile qu'est mentionnée la nature contractuelle de la clause compromissoire : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat. » (art. 1442 N.c.p.c.f.).

[251] *Décret no 81-500, instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau Code de procédure civile, et modifiant certaines dispositions de ce code*, J.O. 14 mai 1981.

[252] Ph. Fouchard, « Arbitrage commercial international. Sources », *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1052, § 13.

[253] *Supra* note 36 à la p. 4. Même si Jean Robert parlait alors de l'arbitrage en général, la constatation vaut également pour l'arbitrage international.

[254] L'article 1438 C.c.Q. prévoit que le contrat puisse être indivisible : « La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même pour la clause qui est sans effet ou réputée non écrite ». L'article 2642 C.c.Q. reprend le principe énoncé à l'article 1438 C.c.Q. mais en en excluant toute exception.

En France, le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage provient de la jurisprudence et est très « fermement établi »[255] par une jurisprudence constante depuis 1963[256]. L'autonomie s'exerce non seulement par rapport au contrat principal mais également par rapport aux lois susceptibles de la régir. À ce propos, la jurisprudence française a énoncé « une règle matérielle propre à l'arbitrage international, destinée à le favoriser : la clause compromissoire insérée dans un contrat international est en principe valable, sans qu'il y ait lieu de rechercher la loi applicable »[257].

La liberté contractuelle est par essence l'élément principal de l'arbitrage international puisque celui-ci ne peut exister sans l'accord des parties[258]. L'arbitre est l'émanation des parties[259]. De plus, choisissant ce mode de règlement des litiges, les parties peuvent exercer leur volonté sur nombre de questions importantes comme le choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage, celui de la loi applicable au fond du litige et des règles applicables à la procédure. Toutefois, les ordres juridiques nationaux imposent quelques conditions, tant de forme que de fond.

---

[255] E. Gaillard, « Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Autonomie et principe de validité. Droit applicable», *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1054, § 7.

En droit français comme en droit québécois, remarquons que le texte des codes parle de « convention d'arbitrage » et non de clause, ce qui met bien en relief l'autonomie de l'engagement sur l'arbitrage.

[256] Cass. civ. 1re, 7 mai 1963, JCP, éd. G, 1963.II.13405, (1964) JDI 82, (1963) Rev. crit. D.I.P. 615, D 1963 545.

[257] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 202. Le principe est le même pour les clauses compromissoires par référence. S'interrogeant sur la validité d'une telle clause, la Cour de cassation l'admet « en matière d'arbitrage international ». Cela fait dire à Catherine Kessedjian : « La Cour veut ainsi signifier que la solution énoncée a vocation à régir toutes les hypothèses similaires, indépendamment de tout droit applicable. Elle nous propose donc […] de faire l'économie du raisonnement conflictualiste à propos de la validité de la clause par référence tacitement acceptée ». (Cass. civ. 1re, 9 novembre 1993, *Bomar Oil*, (1994) 1 Rev. arb. 108 (note Catherine Kessedjian) à la p. 111.)

[258] Traditionnellement, en matière contractuelle, l'arbitrage ne peut avoir lieu que lorsqu'une clause le prévoit. Signalons cependant deux exceptions importantes, même si elles se situent en dehors de notre champ d'intérêt. L'arbitrage lié aux traités d'investissement ne provient pas de l'expression de la volonté des parties mais d'une exigence prévue par un traité international. (Voir les articles 1115 et s. de l'Accord de Libre Échange Nord-Américain, 1er janvier 1994, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-f.asp>, consulté le 10 juillet 2002).

Dans le même esprit, on peut également citer la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs* (L.Q., c. 32.01). Son article 37 prévoit que le mode de principe de résolution des différends entre l'artiste et le diffuseur est l'arbitrage. Toutefois, les parties peuvent se soustraire à la règle par renonciation expresse.

[259] On pourrait presque dire qu'il est la « créature » des parties, au sens strict du terme.

2.1.2 Conditions de forme

La convention d'arbitrage étant un contrat, tant en droit québécois qu'en droit français, la liberté de forme y est-elle de mise, comme le veut le principe civiliste en la matière[260]? Au Québec, l'article 2640 C.c.Q. donne la réponse : « La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre. » Par conséquent, il n'est pas obligatoire que la convention d'arbitrage soit couchée sur le papier dès sa conclusion; à la limite, on pourrait accepter que les parties la mettent sous forme écrite au moment même où elles se présentent devant l'autorité. Les termes de l'article laissent penser que, fondamentalement, il s'agit d'un contrat consensuel. L'exigence de l'écrit, simultané ou postérieur à la conclusion de l'entente, ne semble, à notre point de vue, viser qu'une question de preuve. Il nous apparaît d'ailleurs tout à fait logique qu'un acte de l'importance de celui-ci, dans la mesure où il fait exception à la juridiction des tribunaux étatiques, puisse faire relativement facilement l'objet d'une preuve[261]. La sanction du non respect de l'écrit renforce l'argument. Comme l'observe un auteur québécois, « l'écrit n'est pas exigé sous peine de nullité. En d'autres termes, l'absence même d'un écrit à l'origine ne frappe l'accord d'aucune nullité absolue »[262].

En la matière, le codificateur québécois admet diverses formes d'écrit. Il peut s'agir d'échange de correspondance ou même d'actes de procédure la mentionnant. En toute logique, l'exigence d'un écrit se retrouve également dans les dispositions

---

[260] Le texte international qui a consacré la clause d'arbitrage est la Convention de New York (*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, p. 3, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm> (consulté le 30 octobre 2001) [ci-après Convention de New York]. Comme nous consacrons un développement particulier à ce texte, en ce qui concerne l'exigence de l'écrit, voir ci-dessous à la p. 93 et s.

[261] Ce qui serait plus « facile » pour les parties serait peut-être une preuve libre mais pour le juge, la preuve écrite lui facilite certainement la tâche.

[262] J. E. C. Brierley, *supra* note 239 à la p.1076.

liées à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues en dehors du Québec[263].

En France, le codificateur a prévu des conditions de validité formelle pour les conventions d'arbitrage interne. L'article 1443 N.c.p.c.f. oblige à ce qu'elles soient écrites « à peine de nullité ». Qu'en est-il en matière internationale? Le code est silencieux, ce qui permet à Emmanuel Gaillard de conclure: « Ainsi, le droit français de l'arbitrage international a bien entendu condamner le formalisme et s'en tenir à la stricte application du principe du consensualisme à propos de la convention d'arbitrage »[264]. Cette absence de contrainte formelle rejoint la liberté de preuve en matière commerciale.

L'article 1499 N.c.p.c.f. mentionne cependant implicitement l'exigence d'un écrit. Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière internationale, les parties doivent fournir au juge l'original de la sentence « accompagné de la convention d'arbitrage ». Ces termes laissent supposer que la clause compromissoire doit être écrite. Même si peu d'auteurs s'arrêtent à cette précision, il convient, à notre avis, de remarquer que l'exigence de l'écrit ici s'inscrit dans un cadre fondamentalement différent de celui dont nous venons de traiter. En effet, par le biais des article 1498 et suivants N.c.p.c.f., on demande au tribunal étatique de transformer une sentence arbitrale – qu'on pourrait qualifier de totalement étrangère à lui, dans tous les sens du terme – en un acte judiciaire étatique. Il est peut-être normal qu'à cette étape, le codificateur impose certaines garanties relatives à l'acte que le juge s'apprête à revêtir de son autorité.

En ce qui a trait aux conditions de forme, on relève donc une différence notable entre droit québécois et droit français.

---

[263] Art. 948 à 951.2 C.p.c.Q.; en particulier, art. 949.1.

2.1.3 Conditions de fond

Nous devons nous poser les mêmes questions qu'en ce qui concerne les clauses d'élection de for. La clause d'arbitrage s'inscrit-elle obligatoirement dans un cadre international et quel lien est exigé entre le tribunal arbitral et le litige?

a) Définition de l'internationalité

Nous avons vu que tant le droit québécois que le droit français admettent que les cocontractants puissent avoir recours à un système de justice privée en leur attribuant à cette occasion une liberté assez considérable. Nous avons également mentionné que dans ces deux ordres juridiques, l'arbitrage était admis tant en matière interne qu'internationale. Au Québec, l'arbitrage international ne fait pas, comme en France, l'objet d'une série de dispositions particulières[265]. Le *Code civil du Québec* comporte des règles se rapportant à tous les arbitrages et en même temps, dans les dispositions propres au droit international privé, il admet les clauses d'arbitrage. Toutefois, il existe une disposition du *Code de procédure civile* mentionnant expressément l'arbitrage « mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international »[266].

Étant donné la formule utilisée, lorsque la question se posera, l'internationalité sera certainement analysée de la même façon qu'en droit français où le code de procédure comporte, comme nous l'avons mentionné, des règles particulières à l'arbitrage international et qui diffèrent de façon notable de celles

---

[264] Voir E. Gaillard, « Arbitrage commercial international. Forme et preuve», *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1060, § 19. Voir également Matthieu de Boisséson qui parvient à une conclusion identique en se fondant sur l'article 1495 N.c.p.c.f. (*Supra* note 36 à la p. 477).

[265] Mentionnons également que si les codes au Québec font peu de cas de la distinction affaire interne-affaire internationale, ils n'ont pas non plus de champ d'application limité quant au domaine arbitrable. En effet, ils concernent autant l'arbitrage commercial que l'arbitrage civil. En cela, ils se démarquent formellement de la Loi type de la CNUDCI, dont l'article premier précise qu'elle régit « l'arbitrage commercial international ».

[266] L'article 940.6 C.p.c.Q. prévoit que l'interprétation de ses dispositions contenues au livre VII sur les arbitrages s'interprètent, dans ces cas là, en tenant compte de divers textes de la CNUDCI sur l'arbitrage. En ce qui concerne la reconnaissance ou l'exécution des sentences, le *Code de procédure civile* fait une distinction entre les sentences québécoises et les autres. Celles-ci se définissent uniquement comme ayant été « rendues hors du Québec ». (art. 948 C.p.c.Q.).

prévues pour les arbitrages internes. L'article 1492 N.c.p.c.f. définit ce qu'il faut entendre par arbitrage international. C'est celui qui « met en cause des intérêts du commerce international »[267]. Critère « peu précis »[268], libellé «lapidaire »[269], définition « élastique et génératrice d'incertitude »[270], expression « par elle-même, […] totalement dépourvue de signification »[271] que cette formule d'où émane une forte impression de tautologie. Pour Philippe Fouchard, il n'en est rien : « l'internationalité de l'arbitrage n'est pas n'importe quelle internationalité »[272]. Sera international l'arbitrage ou du moins le dossier qui fait intervenir les intérêts économiques de plusieurs pays. À cause des termes « intérêts du commerce », l'internationalité est donc considérée d'un point de vue purement économique. Les éléments d'extranéité habituellement pris en compte par le droit ne sont ici d'aucun secours. En somme, peu importe, par exemple, la situation du siège social des parties, le lieu d'exécution des obligations ou « le lieu de conclusion du contrat »[273]. De même, l'application d'une loi étrangère ne rend pas l'arbitrage international. Pas plus que ne le feraient « le lieu de l'arbitrage, la procédure suivie et la nationalité des parties » d'après la Cour d'appel de Paris qui a défini ainsi l'internationalité de l'opération donnant lieu à l'arbitrage : « il suffit [qu'elle] implique un mouvement de biens, de services, ou un paiement à travers les frontières »[274].

Dans cette optique, les mouvements de capitaux peuvent compter à eux seuls pour l'évaluation de l'internationalité. Ainsi, sera considéré comme arbitrage

---

[267] Tout le monde s'entend sur le fait qu'ici le terme « commerce » n'est pas à prendre au sens strict d' « actes de commerce ». Philippe Fouchard rappelle que « les catégories du droit interne sur la notion de commerçant et d'acte de commerce n'ont pas à […] être transposées et appliquées » en matière d'arbitrage international. » En particulier à la suite de l'affaire Hecht (Cass. civ. 1[re], 4 juillet 1972, (1972) JDI 843 (note Oppetit), (1974) Rev. crit. D.I.P. 82 (note Level), (1974) Rev. arb. 89), « la notion même de commercialité perd, en matière internationale, une grande partie de son intérêt ». (Ph. Fouchard, « Arbitrage commercial international. Notion», *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1050, § 56.)

[268] B. Ancel et Y. Lequette, *supra* note 50 à la p. 213.

[269] J. Robert, *supra* note 36 à la p. 226.

[270] P. Bellet et E. Mezger, *supra* note 227 à la p. 615.

[271] Cass. civ. 1[re], 21 mais 1997, RCDIP 1998, 87, note Vincent Heuzé, p. 90, en ligne: <http://glose.free.fr/Juris/1869.html> (consulté le 1[er] novembre 2001).

[272] *Supra* note 267 au § 106.

[273] Ph. Fouchard, *supra* note 267 au § 105.

international l'examen d'un différend entre deux parties françaises liées par un contrat devant être exécuté en France mais qui pourra avoir des retombées économiques à l'étranger. Fera partie de la même catégorie un litige entre deux sociétés françaises mais dont l'une est sous le contrôle de capitaux étrangers. En revanche, un contrat qui lierait deux sociétés, l'une française, l'autre étrangère mais dont les conséquences économiques seraient limitées à la France ne pourrait pas donner lieu à un arbitrage international.

Mentionnons à propos de l'internationalité que le critère retenu par les droits français et québécois se démarque de celui de la loi type de la CNUDCI dont l'article premier § 3 fournit les éléments à prendre en considération pour déterminer l'internationalité de l'arbitrage. Ces éléments ne sont pas liés au « flux et reflux [économique] au-dessus des frontières »[275] mais font appel aux notions classiques du droit international privé, les éléments d'extranéité, constituant ainsi un « amalgame » d'après Louis Marquis, « loin de former un tout homogène »[276].

Il est regrettable que certains critères proposés par la loi-type n'aient pas été retenus. En effet, ils font une large place à « l'autonomie de la volonté », principe qui comme l'écrit Louis Marquis « transcende l'esprit tout entier de la Loi type »[277] et, il faudrait ajouter, transcende tout l'esprit des relations commerciales internationales et de la notion même d'arbitrage. Ainsi, aux termes de la loi-type, lorsque les parties ont leur établissement dans un même État, l'arbitrage est international si le lieu de l'arbitrage, choisi par les cocontractants, est à l'extérieur de cet État ou si « les parties ont convenu expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays »[278]. On a pu dire de ces critères de la loi-type qu'ils sont

---

[274] Paris, 26 avril 1985, (1985) Rev. arb. 311 (note Mezger), (1986) J.D.I. 175 (note Jacquet).

[275] Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928. I. 25 (note H. Capitant).

[276] *Supra* note 221 à la p. 464.

[277] *Ibid.* à la p. 465.

[278] *Loi type sur l'arbitrage commercial international*, *supra* note 239 art. 3 § *a*) *i*) et *c*).

imparfaits[279] mais le critère retenu par le droit français et le droit québécois est-il à l'abri de toute critique? De plus, nous avons constaté qu'en ce qui concerne l'élection de for, en droit québécois au moins, l'internationalité « artificielle »[280] qui ne résulte que du fait de l'appartenance de l'autorité à un autre ordre juridique, ne semble pas totalement exclue. Il nous semble illogique qu'il n'en soit pas de même dans la sphère de l'arbitrage.

Pour terminer, remarquons que la Convention de New York, sur laquelle nous reviendrons à propos de l'efficacité des conventions d'arbitrage, n'exige pas d'élément d'internationalité. Elle ne parle que de sentences « étrangères », soit « rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées »[281]. Pour Hélène Gaudemet-Tallon, il s'agit là d'une « manifestation de la tendance refusant d'exiger un élément international »[282].

b) Lien entre le litige et l'arbitre

La question d'un éventuel lien de type « géographique » ou territorial entre le tribunal et le litige ne se pose pas en matière de convention d'arbitrage comme dans le cadre de la clause d'élection de for. Nous avons constaté qu'en la matière, le principe veut que les parties n'aient aucune contrainte de proximité. L'arbitrage s'inscrivant en dehors de la sphère de l'ordre juridique étatique, il sort du cadre des compétences judiciaires et il est d'autant plus évident que le même principe vaut ici.

---

[279] En résumé, ils risquent d'exclure des arbitrages véritablement internationaux tout en créant, dans d'autres situations, une fausse internationalité. Voir L. Marquis, *supra* note 36 aux pp. 464-465.

[280] *Ibid*. à la p. 465.

[281] *Supra* note 260, titre et art. premier. La formulation a soulevé un débat doctrinal sur l'application ou non de la Convention dans le pays où la sentence a été rendue. À ce sujet, voir M. de Boisséson, *supra* note 36 à la p. 435.

Il est à noter que la C.C.I., insatisfaite des textes adoptés dans les années vingt, avait soumis aux Nations Unies un projet sur la « sentence arbitrale internationale ». Le conseil économique et social des Nations Unies « modifia profondément l'avant-projet de la Chambre de commerce internationale » et élabora un texte qui « mentionnait les sentences arbitrales "étrangères" ». (Voir M. de Boisséson, *ibid*. à la p. 432).

[282] *Supra* note 42 à la p. 189.

Même dans les ordres juridiques où la liberté des parties peut être restreinte par l'application de la doctrine du *forum non conveniens*, celui-ci ne repose que sur des considérations judiciaires, historiquement liées en Écosse à l'affrontement de deux règles inconciliables de saisine des tribunaux[283]. Le tribunal que l'on invite à décliner compétence se livre à un exercice d'évaluation, de comparaison entre lui-même et d'autres tribunaux judiciaires. En d'autres termes, la comparaison se situe à l'intérieure d'une sphère bien délimitée, celle des organes étatiques.

L'arbitre lui-même serait bien mal venu de se prononcer – négativement – sur un lien entre lui et les parties puisque le premier est l'émanation de la volonté des deuxièmes. Sans elles, contrairement aux tribunaux étatiques, il n'existe pas. Le lien subjectif entre l'arbitre et les parties est essentiel. On ne peut envisager de lien objectif en matière d'arbitrage dans la mesure où l'arbitre n'a pas à proprement parler d'assise géographique ou territoriale, pas de for. D'autre part, le processus arbitral est souvent choisi, de préférence au recours judiciaire, en raison de sa neutralité vis-à-vis des contractants. Afin d'assurer cette neutralité, tout lien objectif est repoussé[284].

Quant au juge, chargé de se prononcer sur l'arbitrage, en droit québécois comme en droit français, il ne pourra se prononcer que sur l'existence ou la validité juridique de la convention d'arbitrage, soit, par exemple, sur le consentement. Il ne peut en aucun cas s'ingérer dans le choix de l'arbitrage. Au stade de la reconnaissance, il doit vérifier un certain nombre de points, strictement délimités par son droit national dont le principe de proximité ne fait pas partie.

---

[283] Voir à ce sujet S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, *supra* note 121 aux pp. 916-918.

[284] D'ailleurs, Éric Loquin note que les incidents de récusation sont nettement plus nombreux dans l'arbitrage que devant les tribunaux judiciaires (*Supra* note 227). Même si bon nombre d'entre eux peuvent être qualifiés de « récusations tactiques » (A. Redfern et M. Hunter, *supra* note 13 à la p. 185), plusieurs sont fondés.

2.2 Les limites

Toutes les matières sont-elles susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage? Toutes les parties peuvent-elles choisir de recourir à ce mode de règlement des litiges? La réponse à ces deux questions constitue ce que l'on nomme l'arbitrabilité. Nous intéresseront principalement les réponses dans le cadre de litiges de nature commerciale, au sens large du terme, entre personnes privées.

2.2.1 En raison de la matière

Selon le droit québécois, certaines matières ne sont pas « arbitrables ». Sont exclues de la compétence des arbitres et donc réservées aux tribunaux judiciaires les questions touchant l'état et la capacité des personnes, les matières familiales et celles « qui intéressent l'ordre public »[285]. En France, l'article 2060 C.c.f., dont s'est d'ailleurs inspiré le codificateur québécois, contient la même expression. Évidemment, l'incompétence de l'arbitre fait obstacle à la reconnaissance de sa sentence par le tribunal étatique.

Un auteur estime qu'il « ne va nullement de soi que […] l'article 2060 [soit applicable] en matière internationale »[286]. Cela ne signifie pas que l'ordre public international n'entre pas en compte en matière d'arbitrabilité mais plutôt qu'il s'est développé une méthode particulière à la matière pour juger de l'arbitrabilité :

> [e]lle consiste à permettre aux arbitres de connaître des différends portant à l'ordre public […] et à renvoyer le contrôle au stade de l'action en annulation ou en exequatur, une fois la sentence rendue. Ce n'est alors que si les arbitres n'ont pas fait respecter les exigences de l'ordre public international que leur sentence pourra être annulée sur ce fondement[287].

---

[285] Art. 2639 C.c.Q.

[286] E. Gaillard, « Arbitrage commercial international. Arbitrabilité», *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 1058, § 27.

[287] E. Gaillard, *supra* note 264 au § 30.

Emmanuel Gaillard, s'appuyant sur la jurisprudence *Ganz-Labinal*[288], fait finalement la distinction entre deux types de matières : celles qui sont absolument non arbitrables, comme le divorce, et celles qui constituent des « matières sensibles »[289]. Malheureusement, cette classification ne rend pas plus facile la détermination des matières qui rentrent dans l'une ou l'autre des catégories, surtout dans la dernière. Il est toutefois exclu que les contrats de vente ne soient pas arbitrables[290]. Au contraire, tant dans l'ordre interne qu'au niveau international, nous savons que c'est la matière de prédilection de l'arbitrage.

2.2.2 En raison des personnes

Si la matière qui nous intéresse est arbitrable en tant que telle, y a-t-il une restriction liée aux personnes? En d'autres mots, le contrat de vente internationale peut-il faire l'objet, dans certaines circonstances, d'une « non-arbitrabilité subjective ou [d'une] non-arbitrabilité *ratione personae* »[291]? En droit interne français, la réponse se trouve dans le *Code de l'organisation judiciaire*, renforcée par l'article 2061 C.c.f.: la clause compromissoire est uniquement valable entre commerçants, nulle lorsqu'elle figure dans un acte civil ou mixte. Le recours à l'arbitrage est donc exclu entre un commerçant et un consommateur.

Au plan international, dans les années soixante-dix, la Cour de cassation a modifié la règle pour les fins de l'arbitrage international, où elle a admis l'arbitrabilité d'un contrat mixte[292]. L'une des parties prétendait faire déclarer nulle la clause compromissoire sous prétexte que le droit français l'interdisait dans le cadre de tels contrats : « […] le caractère international [du contrat] ne saurait exclure la vocation de

---

[288] Paris, 29 mars 1991, (1991) Rev. arb. 479 (note Laurence Idot).

[289] E. Gaillard, *supra* note 264 au § 36.

[290] Dans les matières patrimoniales sensibles, Emmanuel Gaillard mentionne entre autres le droit de la concurrence, le droit des brevets et des marques et le droit des procédures collectives. Le premier est arbitrable alors que les derniers ne le sont pas, dans la mesure où ils intéressent des tiers.

[291] E. Gaillard, *supra* note 286 au § 2.

[292] Cass. civ. 1re, 4 juillet 1972, *supra* note 267.

la loi française à régir le contrat […] »[293]. La cour suprême a rejeté l'argument, confirmant ainsi la position de la Cour d'appel : « […] ayant relevé le caractère international du contrat qui liait les parties et rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application »[294].

L'arrêt vaut particulièrement d'être remarqué car par cette décision, la Cour de cassation a fourni « une importante contribution à l'élaboration du droit du commerce international [en attachant] au principe de la clause compromissoire une conséquence d'une très grande portée et d'une totale nouveauté »[295]. Pour la première fois, on « détache » la clause de toute loi étatique : « la notion de loi de rattachement s'efface totalement »[296]. Recherchant le fondement juridique donnant sa force à la clause compromissoire sans pouvoir donner de réponse certaine, Bruno Oppetit constate qu'il « reste néanmoins qu'en matière d'arbitrage le domaine de la loi régresse constamment au bénéfice de celui de la volonté »[297].

L'admissibilité de la clause compromissoire quelle que soit la qualité des parties repose sur son autonomie. Comme elle constitue un tout en soi, elle est dissociée de la loi applicable au contrat à l'occasion duquel elle est stipulée. Il n'y a donc pas à rechercher la façon dont le droit français, par exemple, traite la convention d'arbitrage. Sous la seule réserve de l'ordre public international, elle est valable en tant que telle dans l'ordre international. Ce principe a été affirmé d'abord par la Cour d'appel de Paris, « appelée à statuer pour la première fois sur

---

[293] *Ibid.* à la p. 843.

[294] *Ibid.*

[295] *Ibid.* à la p. 845.

[296] *Ibid.*

[297] *Ibid.* à la p. 846. Il y a certainement des questions à se poser, face à « ce motif si lapidaire » de la Cour de cassation. Dans sa recherche d'une réponse, il est amusant de constater que Bruno Oppetit fait très clairement allusion à la *lex mercatoria*, sans jamais la nommer.

l'application du droit de l'arbitrage au contrat international de consommation »[298] puis confirmé par la Cour de cassation[299], dans une affaire où un consommateur français avait commandé une automobile Jaguar en Angleterre. Le consommateur s'est adressé à un tribunal français dans le but de faire annuler le contrat et d'ainsi récupérer les acomptes versés. Le contrat contenait une clause d'arbitrage à Londres. Voulant faire échec à cette clause, le consommateur a plaidé que le contrat ne mettait pas en jeu les intérêts du commerce international. Les tribunaux ont repoussé l'argument puisque le contrat portant sur le véhicule automobile « réalisait un transfert de bien et de fonds entre la France et le Royaume-Uni »[300]. Par conséquent, l'arbitrage entrait bien ici dans la catégorie des arbitrages internationaux au sens de l'article 1492 N.c.p.c.f.

D'autre part, le consommateur faisait valoir que « les règles impératives du droit français et l'ordre public international s'opposeraient à la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur »[301]. La Cour de cassation a appuyé les conclusions de la Cour d'appel : « peu important, dans les circonstances relevées par les juges, que l'achat fût destiné à l'usage personnel de M. Meglio, la cour d'appel a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international […] »[302]. Donc, quelles que soient les parties

---

[298] Paris, 7 décembre 1994, D. 1995, somm. 318 (obs. Pizzio).

[299] Cass. civ. 1[re], 21 mai 1997, (1998) Rev. crit. D.I.P. 87 (note Vincent Heuzé), en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/1869.html> (consulté le 1[er] novembre 2001).

[300] *Ibid.*

[301] *Ibid.*

[302] *Ibid*.

Vincent Heuzé se livre à une critique très virulente de cet arrêt. Il qualifie la décision du plus haut tribunal français d'« inopportune » (à la p. 88), la motivation de « surréaliste » (à la p. 89), évoque « l'inquiétante dérive technocratique » (*ibid*.) du droit français, parle de la « nocivité » (à la p. 91) de la clause compromissoire en matière consumériste et en profite pour se moquer de « la puissance des formules incantatoires, telle tout particulièrement que l'invocation des [bien] mystérieux "besoins du commerce international" » (à la p. 96). L'une de ses remarques nous semble particulièrement contestable. Il laisse sous-entendre que les tribunaux français auraient certainement rendu une décision différente si plutôt que d'un véhicule de luxe, « M. Meglio s'était porté acquéreur d'une automobile de modèle beaucoup plus banal et s'il avait dû avoir recours […] au crédit pour financer son achat […]. » (à la p. 96). Si en l'occurrence l'acquéreur du bien inspire effectivement peu la pitié, ce sentiment ne saurait intervenir dans la qualification de consommateur! D'autant plus que si l'on se fie aux critères habituellement utilisés pour définir le consommateur, on fait valoir son inexpérience et sa faiblesse relative face à

au contrat, une clause d'arbitrage est en principe licite dans l'ordre international et les parties devraient pouvoir exercer leur volonté pour choisir un règlement arbitral de leurs différends.

Il faut remarquer que l'arrêt *Meglio* date des années quatre-vingt-dix, époque à laquelle la France avait levé la réserve de commercialité dont elle s'était prévalue lors de sa ratification à la Convention de New York. Cette réserve, prévue à l'article 1 §3 de la Convention de New York, permet aux États de réserver l'application du texte international aux seuls arbitrages commerciaux, le terme étant entendu selon la loi nationale de chaque État. Depuis le 17 novembre 1989, date de la levée de la réserve, au regard du droit français, la clause compromissoire est valide en matière internationale, « peu important [que] l'on soit en matière commerciale ou civile »[303].

Toutefois, si le contrat entre M. Meglio et la société britannique avait été conclu après le 1er février 1995, la conclusion de la Cour de cassation aurait certainement été différente. À cette date, sont entrés en vigueur les articles L. 132 et L. 135 du *Code de la consommation*, transposant en droit français la directive communautaire sur les clauses abusives[304]. Parmi les exemples de clauses abusives, se trouve celle qui a pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales […] »[305], autrement dit la clause compromissoire.

---

son cocontractant. Le pouvoir économique est l'un des constituants de cette faiblesse. À notre avis, même si le bien de consommation a une grande valeur (dans cette affaire, on parle d'environ 3 millions de francs) et qu'ainsi il traduit l'aisance financière du consommateur, cette aisance est vraisemblablement nettement inférieure à la puissance économique du constructeur automobile.

[303] C. Jarrosson, *supra* note 243 à la p. 269. Même si l'on parle ici de « matière », celle-ci en l'occurrence est intimement liée à la qualité des personnes impliquées.

[304] *Supra* note 179.

[305] Art. L.132-1 § *q*).

La lecture de l'ensemble de l'article L.132-1 du *Code de la consommation* inciterait à ne pas tirer de conclusion hâtive: la clause d'arbitrage n'est pas systématiquement interdite dans le cadre d'un contrat de consommation; elle ne devrait être prohibée et sanctionnée que dans la mesure où elle présente un caractère abusif. Pour certains, en droit interne, jusqu'à récemment cela créait une « incohérence ». En effet, d'un côté, l'article 2061 C.c.f. interdisait totalement la clause compromissoire et de l'autre le même code l'autorisait dans une certaine mesure[306].

À suivre le texte de l'article L. 132-1 du *Code de la consommation*, la validité de la convention d'arbitrage devrait être évaluée cas par cas sans qu'on puisse en tirer de conclusion générale. Pourtant, certains affirment catégoriquement qu'au regard du droit français, une clause compromissoire « insérée dans un contrat soumis à une loi autre que celle d'un État membre est aujourd'hui considérée comme abusive, en application de l'article L.132-1 [*q*)] du Code de la consommation »[307].

Le droit québécois restreint également la liberté des parties, en ce qui a trait aux règlements des différends, en raison de la qualité de certains contractants. La *Loi sur la protection du consommateur* dispose en effet : « À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi »[308]. Sur le plan interne, cela a été interprété comme signifiant que le consommateur québécois ne peut se voir opposer une clause d'arbitrage. Le principe vaut-il lorsque l'arbitrage met en jeu les intérêts du commerce international? La question ne peut recevoir de réponse universelle puisqu'elle dépend de la loi applicable à l'arbitrabilité du litige, qui elle-même dépend du stade où le problème se présente. Ainsi, avant toute demande d'homologation de la sentence, l'article 3121 C.c.Q. peut admettre la validité de l'arbitrage en vertu de la loi régissant

---

[306] Voir *Ste V 2000*, *supra* note 298. [L'article L.132-1 du *Code de la consommation* fait partie intégrante du Code civil].

[307] H. Bureau, *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 2000 à la p. 31.

[308] Art. 262 L.p.c. Il s'agit ici de renonciation à l'avance des droits. Voir à ce sujet C. Masse, *Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 à la p. 967 et s.

le contrat de consommation ou de celle du lieu de l'arbitrage. Au stade de la demande d'homologation, c'est l'article 949 C.p.c.Q. et, par delà, le droit québécois, qui décide de l'arbitrabilité puisque la sentence « est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec […] ». Il faut donc revenir à la question initiale, liée à l'article 262 L.p.c. Faisant état de l'opinion de John Brierley, Gérald Goldstein conclut : « [o]n peut donc penser que l'arbitrage est possible malgré l'art. 262 L.P.C. »[309].

2.3 Efficacité et effets de la convention d'arbitrage

S'interroger sur l'effet d'une convention d'arbitrage dans le cadre de relations transnationales nécessite de vérifier comment elle est admise par différents ordres juridiques. Nous avons vu à propos de la clause d'élection de for que s'il n'y a pas entente internationale sur ce sujet, l'exercice de leur volonté par les parties risque d'être vain.

2.3.1 La Convention de New York : reconnaissance internationale de la clause d'arbitrage

La meilleure solution pour donner une réponse valable internationalement à une question passe par l'adoption de conventions internationales qui harmonisent, parfois mieux unifient, les règles. Il existe plusieurs instruments en matière d'arbitrage, dont la portée est plus ou moins étendue. Les deux plus anciens sont en partie obsolètes mais conservent un intérêt historique. Ils sont l'œuvre de la Société des Nations, au sortir de la première guerre mondiale. Le premier, le Protocole de Genève[310], auquel la France a adhéré, est entré en vigueur en 1924. Il s'agit d'un texte assez rudimentaire dont la principale vertu est d'avoir donné une première

---

[309] G. Goldstein, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1993) 53 R. du B. 199 à la p. 213.

[310] *Protocole relatif aux clauses d'arbitrage*, Genève, 24 septembre 1923, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 27, p. 157.

impulsion à l'arbitrage international. Les quatre articles qu'il comprend portent sur la validité des clauses compromissoires et leurs effets.

Par la suite, la Convention de Genève de 1927 à laquelle la France a adhéré est entrée en vigueur deux ans plus tard[311]. Plus élaborée que le texte précédent, elle n'en reste pas moins insatisfaisante dans une optique de reconnaissance internationale de l'arbitrage. En effet, elle impose des conditions de localisation et de nationalité « fort éloignées d'une conception réaliste de l'arbitrage commercial international »[312]. De plus, le texte prévoyait un processus judiciaire lourd préalable à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence.

À la fin de la seconde guerre mondiale, les échanges économiques transnationaux augmentant, il devenait de plus en plus nécessaire de prendre des mesures pour « faire de l'arbitrage cet instrument efficace dont les entreprises avaient besoin pour le règlement des litiges internationaux »[313]. C'est pour combler les lacunes des textes précédents que l'ONU a adopté la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*[314]. Ce texte a une très large portée puisque sur les 189 pays membres de l'Organisation des Nations Unis, 126 y ont adhéré[315]. La France en étant partie depuis 1959 et le Canada depuis 1986[316], les dispositions de la Convention de New York font partie intégrante de ces droit nationaux. Plus spécialement, au Québec, elles ont été intégrées à la législation

---

[311] *Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Genève, 26 septembre 1927, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 92, p. 301. Rappelons que les États-Unis ne l'ont pas ratifiée.

[312] Ph. Fouchard, *supra* note 252 au § 120.

[313] *Ibid*. au § 121.

[314] *Supra* note 260.

[315] Chiffre en date du 30 octobre 2001. Pour l'état des ratifications, voir en ligne : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> (consulté le 30 octobre 2001). Dans les États qui en sont membres, la Convention de New York a remplacé celle de Genève. Toutefois, la Convention de Genève lie encore les pays qui ont ratifiée celle-ci mais non celle-là. Mentionnons parmi les absents à la Convention de New York le Brésil et le Vénézuéla, de même que le Pakistan qui l'a signée en 1958.

[316] En France, ratification le 26 juin 1959. Au Canada, ratification le 12 mai 1986 et entrée en vigueur le 10 août 1986 : *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 120, no 17, SI/TR/86-154 et 155. *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, c. 21.

provinciale par la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*[317].

Le quatrième instrument international que nous aurons l'occasion d'évoquer est la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*[318]. Entrée en vigueur en 1964, en dépit de ce que pourrait laisser croire son titre, elle n'est pas limitée à l'Europe et porte principalement sur les aspects procéduraux de la procédure d'arbitrage, complétant ainsi la Convention de New York[319].

Avant d'examiner la Convention de New York, il convient de mentionner que la Convention de Bruxelles avait expressément exclu l'arbitrage de son champ d'application par son article 1er al. 2 4), bien qu'il fût prévu par l'article 220 du Traité de Rome. L'exclusion est totale puisque tous les sujets, touchant de près ou de loin à l'arbitrage, sont écartés. Il en va ainsi des « litiges sur la désignation des arbitres, sur la fixation du lieu de l'arbitrage ou sur la procédure arbitrale »[320]. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est vu adresser une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article premier de la Convention de Bruxelles, dans le cadre d'un litige portant sur la désignation d'un arbitre[321]. L'une des parties invoquait justement l'article 220 du Traité de Rome. Sur ce point, la Cour répond :

> En se référant aux décisions judiciaires et aux sentences arbitrales, l'article 220 du traité vise donc à la fois les procédures intentées devant des juridictions étatiques qui se terminent par une décision

---

[317] L.Q., 1986, c. 73. Cette loi a, dans le même temps, adapté les dispositions de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage.

[318] Genève, 21 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 484, p. 349. Elle est entrée en vigueur le 7 janvier 1964.

[319] Étant donné que nous centrons notre étude sur les règles applicables au Québec et en Europe, nous laisserons de côté la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international. Signée à Panama le 30 janvier 1975, elle vise à favoriser et promouvoir le recours à l'arbitrage dans les pays d'Amérique latine où la « tradition [est] hostile au dessaisissement des autorités judiciaires locales » (A. Prujiner, *supra* note 96 à la p. 479), ce qui explique que plusieurs d'entre eux n'aient pas adhéré à la Convention de New York.

[320] H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 95 à la p. 28.

[321] C.J.C.E., 25 juillet 1991, affaire C-190/89 (*Marc Rich & Co. AG contre Società Italiana Impianti PA.*), en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61989J0190> (consulté le 30 octobre 2001.)

> judiciaire, et celles qui sont introduites devant des arbitres privés et qui se terminent par des sentences arbitrales. Toutefois, il ne s' ensuit pas que la convention, dont l'objet est notamment la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, doive nécessairement recevoir un champ d'application large. En effet, l'article 220 incitant les États membres à engager des négociations « en tant que de besoin », il leur incombe de déterminer l'étendue de leur accord[322].

Finalement, la Cour conclut :

> Il s'ensuit que, en excluant du champ d'application de la convention la matière de l'arbitrage au motif que celle-ci faisait déjà l'objet de conventions internationales, les parties contractantes ont entendu exclure l' arbitrage en tant que matière dans son ensemble, y compris les procédures introduites devant les juridictions étatiques .
>
> En ce qui concerne plus particulièrement la désignation d'un arbitre par une juridiction étatique, il y a lieu de constater qu'il s'agit d'une mesure étatique destinée à mettre en œuvre une procédure d'arbitrage. Une telle mesure relève dès lors de la matière de l'arbitrage et, ainsi, elle est visée par l'exclusion de l'article 1er, deuxième alinéa, point 4, de la convention[323].

L'article premier du Règlement européen comporte la même restriction[324]. En outre, chaque fois qu'il est question de « décision », il s'agit bien de décision « judiciaire », comme le précise l'article 32 : « On entend par décision, au sens du présent règlement, toute décision rendue par une juridiction d'un État membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée […] ».

Il n'est pas nécessaire, dans le cadre de cette étude, de passer en revue toutes les dispositions de la Convention de New York qui a d'ailleurs fait l'objet de nombreux travaux. Nous entendons seulement faire ressortir en quoi elle a concouru

---

[322] *Ibid*. La Cour rappelle la cause de l'exclusion de l'arbitrage du champ de la Convention de Bruxelles : l'existence de nombreux textes internationaux régissant déjà la matière.

[323] *Ibid*.

[324] Le projet de Convention de La Haye exclut lui aussi l'arbitrage de son domaine. (*Supra* note 127 art. 1).

à donner effet aux conventions d'arbitrage. Le titre, à ce propos, est peut-être trompeur puisqu'elle ne semble concerner que « la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ». Si tel est bien son objet principal, elle traite également de la convention d'arbitrage[325]. Bien qu'elle n'y consacre qu'un article, il revêt une importance considérable puisqu'il « [édicte] un principe général de reconnaissance de la clause compromissoire et [fixe], également au seul moyen d'une règle matérielle, les conditions de forme et les effets de toute convention d'arbitrage »[326].

L'article II énonce en effet en premier les conditions de fond et de forme de la convention d'arbitrage. Parmi les points que nous avons précédemment abordés, « l'internationalité » de l'affaire doit être interprétée plus largement qu'en droit québécois et surtout qu'en droit français. Nous avons vu que le *Code de procédure civile* du Québec comme celui de France parlent des « intérêts du commerce international ». Dans le texte conventionnel, il n'en est rien. On évoque – et uniquement dans le titre – seulement les « sentences arbitrales étrangères ». La définition implicite du terme se trouve à l'article premier. Il s'agit des décisions « rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution » sont demandées. La Convention n'exige finalement, en ce qui a trait à l'arbitrage lui-même, ni considération économique ni élément juridique liés à l'internationalité. On peut donc s'en réclamer à la suite d'un arbitrage purement interne au terme duquel on demande la reconnaissance de la sentence ailleurs.

Pour ce qui est de la forme, le texte exige que l'accord des parties soit écrit. L'exigence se retrouve et à l'article II et à l'article IV 1. *b*), décrivant les pièces que doit produire la partie demandant la reconnaissance de la sentence. Le paragraphe 2

---

325 Sur les objectifs de la Convention, Philippe Fouchard et Alain Prujiner ne partagent pas le même point de vue. Pour le premier, « son objet essentiel » réside dans la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. (*Supra* note 252 au § 124). En revanche, le second écrit : « Bien que son titre ne le mentionne pas, le premier objet de cette Convention est la protection de l'efficacité internationale des clauses d'arbitrage. […] Le second objectif de la Convention est de faciliter l'exécution des sentences rendues […]. » (*Supra* note 96 à la p. 395)

326 Ph. Fouchard, *supra* note 252 au § 126.

de l'article II indique ce qu'il faut entendre par « écrit ». On constate à cette occasion l'autonomie formelle de la convention d'arbitrage qui ne fait pas forcément partie intégrante du document contractuel principal. En effet, la clause peut faire matériellement partie du contrat lui-même ou être contenue dans un document séparé. La Convention de New York admet donc la clause par référence.

La définition de l'écrit trahit l'âge du texte conventionnel. À l'époque, la question de ce qui constituait un écrit posait peu de problèmes. Il s'agissait de mots alignés sur un support papier et directement émis et transcrits sous forme intelligible. C'est ce dans ce sens que la Convention parle du contrat ou d'un échange de lettres. Le télégramme est différent d'un point de vue technique car si, lorsque son destinataire en prend connaissance, il lit effectivement des mots reposant sur du papier, le message lui-même est transmis sous forme de signaux électriques. À notre avis, cela constitue une ouverture, rendue nécessaire par les pratiques internationales, par rapport à la notion classique d'écrit. Il nous semble par conséquent que cette exigence devrait être interprétée de façon souple. C'est d'ailleurs ainsi que les tribunaux l'ont entendu puisque le télex a été assimilé au télégramme[327].

En conclusion, il est clair que la Convention de New York ne se satisfait pas d'une convention d'arbitrage purement et uniquement verbale. Dans le même esprit, elle n'accepte pas plus les usages ou les habitudes, soit « une clause compromissoire ou une convention que l'on prétendrait faire découler de l'existence de clauses compromissoires dans des contrats antérieurs entre les mêmes parties sans qu'un nouveau contrat y renvoie »[328].

Le troisième paragraphe de l'article II décrit l'effet de la convention d'arbitrage. Dans certaines circonstances, que l'on pourrait qualifier de « normales », le tribunal étatique « saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties

---

[327] Voir, par exemple, CA Paris, 20 janv. 1984, *Rev. arb.* 1987, p. 482, note Catherine Kessedjian.

ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles […] ». Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques est posé. Toutefois, remarquons qu'il ne revient pas au tribunal judiciaire de soulever d'office sa propre incompétence. On constate ici encore le respect de la liberté contractuelle des parties. En vertu de celle-ci, elles peuvent choisir le mode de règlement des différends qu'elles souhaitent et elles peuvent également décider d'y renoncer. Ne pas soulever d'objection sur la question de sa compétence devant le tribunal étatique revient donc à l'accepter et abandonner le recours à l'arbitrage. La Convention de New York est éloquente : le juge n'a pas à s'immiscer dans l'exercice de la volonté des parties exprimée par leur convention[329].

2.3.2 Incompétence des tribunaux étatiques

L'effet premier de la clause compromissoire est de soustraire le litige aux autorités étatiques pour le transférer à un système de justice privée, comme, nous venons de le voir, le prévoit la Convention de New York. Le droit québécois et le droit français reproduisent évidemment ce principe. En droit québécois, l'incompétence des tribunaux est clairement exprimée par le Code civil : « La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, <u>à l'exclusion des tribunaux</u> »[330]. Par le biais de cette définition et de cette précision il n'est donc pas nécessaire en pratique pour les parties de spécifier dans leur convention qu'ainsi elles entendent

---

[328] E. Gaillard, *supra* note 264 au § 29.

[329] Mentionnons ici le débat qui entoure l'examen de la validité de la clause compromissoire. Doit-elle être vérifiée en regard de la Convention de New York elle-même, de son article II, ou en vertu d'une loi qui pourrait être moins contraignante, comme semble l'autoriser l'article VII? Les divergences d'opinion proviennent de ce que les deux articles ne portent pas sur le même objet. L'article II traite de la clause d'arbitrage alors que l'article VII ne concerne, textuellement, que la sentence. Pour Matthieu de Boisséson, « introduire une distinction entre les régimes applicables à la sentence et à la convention d'arbitrage déséquilibrerait le système de la Convention ». (*Supra* note 36 à la p. 444). Il semble actuellement admis que les critères de validité de la clause puissent être fournis par une législation nationale, s'ils sont plus favorables que ceux prévus à la Convention. (Voir, entre autres, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 à la p. 257.)

[330] Art. 2638. [Nous soulignons]

retirer compétence aux tribunaux ou qu'elles souhaitent recourir « exclusivement » à l'arbitrage[331].

La répercussion de la clause compromissoire sur l'incompétence internationale des tribunaux québécois est exprimée à l'article 3148 *in fine* C.c.Q. Cette disposition et l'article 940.1 C.p.c.Q. reproduisent à eux deux les éléments contenus à l'article II § 3 de la Convention de New York. De même, le droit québécois n'admet pas la compétence des tribunaux étrangers saisis en dépit d'une convention d'arbitrage[332]. Les termes du Code sont impératifs, ne laissant aucune discrétion aux juges en la matière. En droit québécois, donc, l'exercice de la volonté des parties est respecté, comme le souligne la Cour supérieure : « Nous comprenons, à la lecture conjuguée des articles 3165(3) C.c. et 940.6 C.p., que le législateur a cherché, autant que faire se peut, à favoriser la reconnaissance des conventions [d'arbitrage] internationales et, du coup, leur application »[333].

Le juge québécois saisi malgré la convention d'arbitrage ne jouit d'aucune discrétion : il doit se déclarer incompétent car elle lui retire toute compétence *ratione materiae* et il doit renvoyer les parties à l'arbitrage[334].

---

[331] Le long débat sur la rédaction de la clause compromissoire « parfaite » est ainsi clos. Depuis les années soixante-dix, la validité des clauses compromissoires parfaites ne faisait plus de doute en droit québécois (voir, par exemple, *Ville de Granby* c. *Désourdy*, (1973) C.A. 971). Encore fallait-il qu'elles soient « claires, quant à leur objet, inconditionnelles, obligatoires et non facultatives », comme l'a précisé le juge Chamberland, alors à la Cour supérieure, dans l'affaire *Black et McDonald* c. *Standard*, [1974] R. P. 375, 376. Le juge est d'avis que « lorsqu'il y a ambiguïté sur le caractère absolu d'une clause compromissoire tant sur l'obligation d'y recourir exclusivement que sur les limites des débats que l'arbitre pourrait décider de façon finale et définitive, tout justiciable peut s'adresser au tribunal de droit commun pour la solution d'un litige ». (p. 378. [Nous soulignons]). Par la suite, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité de telles clauses. (*Zodiak International Productions Inc*. c. *Poland (Republic*), *supra* note 81).

En 1987, la Cour d'appel a été saisie d'une affaire où un contrat, liant une société française à une société québécoise, comportait la clause suivante : « Il est convenu entre les parties que seuls les tribunaux français du ressort du Siège Social ou de la Chambre de Commerce Internationale de Paris seront compétents ». Se fondant sur l'arrêt *Zodiak*, la majorité de la Cour d'appel a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une clause compromissoire parfaite, retirant compétence aux tribunaux étatiques, au motif, notamment, que « telle que libellée, [elle] permet d'avoir recours à deux juridictions différentes ». (*Importations Cimel Ltée* c. *Pier Augé Produits de Beauté*, [1987] A.Q. no 1876 (C.A.Q.))

[332] Art. 3165 § 3 C.c.Q.

[333] *Opron inc.* c. *Aero System Engineering inc.*, [1999] J.Q. no 420 (C.S. Montréal), § 95.

[334] Art. 940.1 C.p.c.Q. Le juge renverra les parties à l'arbitrage à trois conditions : la cause n'est pas inscrite; une des parties en fait la demande (si les parties se taisent elles expriment ainsi leur acceptation) et le juge n'a pas

En France, l'article 1458 N.c.p.c.f. énonce également l'incompétence du tribunal judiciaire : « […] lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. » La disposition, dont on sait qu'elle ne fait pas formellement partie des règles consacrées à l'arbitrage international, a été introduite dans le domaine par la Cour de cassation en 1989[335].

La convention d'arbitrage est assurée au niveau mondial d'un effet indiscutable en raison de sa protection par la Convention de New York. Par respect de la liberté contractuelle des parties, la Convention leur permet de régler un nombre important de sujets liés aux règlements de leurs différends. Philippe Fouchard parle même d'exaltation de l'autonomie de la volonté dans le domaine de la procédure arbitrale[336]. Comme nous l'avons expliqué, le droit ne laisse cependant pas aux parties une liberté sans limite. Si celle accordée aux professionnels traitant avec d'autres professionnels est vaste, en revanche, en droit interne, le droit impose des restrictions liées à certaines catégories de personnes, dans le domaine qui nous intéresse, les consommateurs. Ces limites sont-elles transposables au plan international? Ici, la situation est extrêmement complexe et il paraît difficile d'énoncer une règle confirmant ou niant l'efficacité de la convention d'arbitrage dans les relations entre commerçants et consommateurs. Il semblerait raisonnable de conclure qu'en principe la clause compromissoire est valide dans une relation semblable. Cependant, selon les circonstances et en tenant compte de divers facteurs, la liberté des parties peut être mise à mal. Pour n'en donner qu'un aperçu, rappelons qu'en droit québécois, les conclusions sur l'admissibilité et l'efficacité de la convention d'arbitrage seront différentes dans les cas et les combinaisons de cas suivants : le

---

constaté la nullité de la clause compromissoire. Il faut noter ici une différence importante entre le régime québécois et celui des autres provinces canadiennes. Le système juridique de celles-ci, à l'instar du droit britannique, ne considère pas la clause d'arbitrage comme un motif d'incompétence des tribunaux étatiques. Elle ne provoque, dans ces systèmes, que le sursis des procédures judiciaires, ce qui pourrait permettre au tribunal de recouvrer sa compétence au besoin. (Voir S. Thuilleaux et D. M. Proctor, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrales », (1992) 37 R.D. McGill 470 aux pp. 476-477.)

[335] Cass. civ. 1re, 28 juin 1989, (1989) Rev. arb. 653, 2e arrêt (note Fouchard).

[336] Voir *supra* note 272 au § 36.

consommateur est domicilié ou non au Québec; le cocontractant professionnel est ou non étranger; le consommateur a conclu un contrat au Québec ou à l'extérieur; la validité de la clause est examinée avant toute procédure d'homologation ou au cours de la procédure d'*exequatur*.

3. Synthèse

La liberté contractuelle joue un rôle important en matière de rattachement juridictionnel, rôle largement reconnu et accepté par divers ordres juridiques. Les besoins du commerce en général et du commerce international en particulier justifient que les parties jouissent d'une certaine latitude en la matière ce qui leur permet, pour reprendre le terme d'Hélène Gaudemet-Tallon, d'« échapper »[337] à la compétence d'un tribunal étatique déterminé.

Même si le principe est admis, il comporte cependant quelques limites dont nous avons pu constater qu'elles diffèrent d'un ordre juridique à un autre. Au terme de cette présentation, deux éléments doivent ressortir particulièrement.

La première remarque vaut tant pour l'élection de for que pour la convention d'arbitrage. Les textes que nous avons vus limitent la liberté contractuelle dans certaines situations. Ces restrictions sont liées à la qualité des parties. Pour les affaires internes, le droit traite différemment les professionnels et les consommateurs. Si les premiers lorsqu'ils contractent entre eux ont une très grande marge de manœuvre, la situation est différente lorsque leur cocontractant est un consommateur.

---

[337] *Supra* note 42 à la p. 129.

Analysant un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1925 en matière de convention d'arbitrage, Charles Jarrosson y voit les premières bases du souci consumériste qui habitera plus tard les législateurs:

> Le risque majeur est celui de la généralisation de la clause compromissoire, généralisation que l'on sent possible grâce au développement des contrats d'adhésion, et qui affaiblira encore davantage l'assuré par rapport à l'assureur. On trouve dans ces motifs une préfiguration du droit de la consommation, de la nécessité de protéger le consommateur contre le professionnel, de ne pas faire de l'arbitrage une nouvelle arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane[338].

L'exercice de la volonté en matière de rattachement juridictionnel risque d'être utilisé à mauvais escient à l'encontre d'une partie faible ou du moins à son détriment. Le consommateur étant par définition faible et une situation litigieuse étant forcément déstabilisante, il ne faut pas augmenter la vulnérabilité de ce justiciable. Par conséquent, il ne doit pas être privé de l'autorité de ses tribunaux, ce qui, nous l'étudierons plus loin, lui assure en outre plus facilement l'application de sa loi nationale[339].

Nous avons pu constater que même pour les affaires internes, la limite entre ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas, lors de la mise en œuvre de la liberté contractuelle dans les rapports consuméristes, n'est pas toujours évidente.

Or les contradictions, les divergences et surtout les incertitudes augmentent lorsque l'on aborde le registre international. Les clauses de juridiction sont-elles admises lorsque le rapport contractuel est à la fois consumériste et international? À l'heure actuelle, il semble impossible de donner une réponse, ni dans un sens, ni dans l'autre. Elles peuvent l'être partiellement, mais à certaines conditions, limitées et

---

[338] S*upra* note 243 à la p. 263. L'arrêt dont il est question est *Cie L'alliance* c. *Prunier*, *supra* note 243.

[339] Si la question linguistique et la proximité jouent indéniablement en faveur du tribunal local pour le consommateur, les autres aspects du système judiciaire ne nous semblent pas si évidents. La plupart des

strictes. Lorsqu'elles le sont plus largement, comme les clauses d'élection de for en droit québécois, elles ne sont pas irréversibles.

La difficulté provient notamment de ce que le « consommateur international » n'existe pas, pas plus que n'existe un droit international de la consommation[340]. C'est donc à partir des droits nationaux et de combinaisons de dispositions propres au droit interne et des règles applicables aux relations transnationales que les tribunaux et les auteurs tentent de tirer des conclusions. Elles sont généralement empreintes de prudence et d'hésitation. Le seul texte qui a vocation à traiter universellement des clauses de juridiction ne fournit pas de réponse : la Convention de New York d'une part ne traite que des conventions d'arbitrage et d'autre part renvoie à chaque droit national le soin de déterminer si la convention est acceptable.

La très grande divergence de points de vue et d'interprétations sur ce sujet provient de la confrontation, de la tension entre deux principes difficilement conciliables. D'un côté, le commerce international doit être le moins possible entravé par des règles juridiques risquant de le ralentir, d'en gêner l'exercice; pour favoriser cet essor, la liberté des parties doit être grande. D'un autre côté, le droit cherche à apporter une protection particulière à certains contractants et donc à imposer des limites. Les opinions sur cette question, se fondant par défaut sur des textes flous, vagues, souvent ambigus, parfois contradictoires, traduisent cette dichotomie, selon la subjectivité de chacun. Certains, chaussant des lunettes pro-consuméristes, ne peuvent accepter une « dangereuse » liberté laissée au professionnel alors que d'autres, plus intéressées par le commerce en général, font la promotion de l'exercice de la liberté contractuelle.

Si l'on devait établir un classement des systèmes juridictionnels utilisés, l'arbitrage viendrait au premier rang pour les relations entre professionnels, tant il est

---

citoyens sont rarement confrontés à lui et ignorent tout des questions de procédure, preuve, etc. Voir ci-dessous à la note 427.

[340] Voir ci-dessous à la p. 399 et s.

vrai qu'il « est devenu, de l'avis général, la méthode normale de règlement des différends du commerce international »[341]. Lors des relations entre les commerçants et les consommateurs, il est également utilisé mais on a vu les risques que cela comporte. Quant au recours aux tribunaux étatiques par une clause d'élection de for, lorsque les cocontractants sont commerçants, ils jouissent d'une plus grande liberté que lorsqu'ils se lient à des non professionnels. Toutefois, et ceci est notre seconde remarque, nous avons vu que quelle que soit la qualité des parties, la clause d'élection de for ne constitue pas, loin s'en faut, une assurance pour les parties qu'elles pourront se faire entendre par le tribunal qu'elles ont désigné. En effet, comme nous l'avons mentionné, elle n'est pas universellement admise : certains ordres juridiques ne l'acceptent pas et il n'existe aucun texte international à vocation universelle lui assurant effet et efficacité.

Section 2 – Le rattachement normatif

Une fois l'autorité compétente déterminée, il s'agit d'établir quelle loi celle-ci appliquera. L'exercice de la liberté contractuelle des parties leur permet de le prévoir préalablement. Après en avoir vérifié le principe dans les divers ordres juridiques étudiés, il sera nécessaire de cerner ses limites ainsi que de se prononcer sur l'efficacité de ce choix.

---

[341] Ph. Fouchard, « Où va l'arbitrage international? », (1989) 34 R.D. McGill 435 à la p. 439.

1. Les parties peuvent désigner la loi applicable à leur contrat

Le recours à la loi d'autonomie dans le domaine normatif constitue un principe juridique universellement admis ou peu s'en faut[342]. Comme toute disposition contractuelle, les clauses de choix de loi souffrent cependant des limites tant en matière de fond que de forme.

1.1 Admission du principe

À quelques conditions près, dans la plupart des systèmes, le choix exprimé par les contractants s'impose à l'autorité appelée à statuer sur le différend, qu'elle soit juge étatique ou tribunal arbitral. Ce qui fait ici le lien entre le contrat et la loi qui lui est applicable, c'est la volonté des parties, contenue, plus ou moins expressément, dans une disposition de l'entente. Même si d'aucuns ne partagent pas cette

---

[342] Bien qu'il ne nous soit pas possible de vérifier ce qu'il en est aujourd'hui, certains ordres juridiques l'ignoraient encore récemment. Antoine Kassis indique qu'il y a une dizaine d'années, la Chine n'avait pas l'air de le reconnaître, pas plus que certains pays d'Amérique latine. Il ne semble pas non plus « être la règle dans toutes les juridictions » de l'un des principaux acteurs du commerce mondial, les U.S.A. (Voir *supra* note 36 à la p. 188.)

Une clause de choix de loi risque aussi de n'avoir aucun effet en droit brésilien (Voir F. Ferrari, « CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters? », (1999) 17 *Journal of Law and Commerce* 246, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari3.html> (consulté le 7 décembre 1999) à la note 58.

Si, dans l'esprit des juristes, le principe ne fait pas de doute, il ne faut cependant pas en déduire que le choix de loi est pratique courante. Il reste encore l'exception comme le rappellent ceux qui ont accès aux contrats commerciaux internationaux. À ce sujet, un ouvrage de Marcel Fontaine, rédigé il y a moins de quinze ans, est frappant. Il contient la synthèse des observations d'un « groupe de travail qui se réunit depuis 1975, et procède depuis lors à l'analyse systématique des principales clauses présentes dans les contrats internationaux, sur la base de très larges échantillons tirés de l'expérience vécue de ses membres ». Le groupe se réunit deux à trois fois par an et à chaque fois, sur la base de la documentation recueillie depuis la dernière rencontre, discute les clauses. À partir de ces discussions naissent des chroniques qui, « [a]u fil des ans, [...] ont progressivement couvert les principales clauses délicates, au point de donner ensemble une image assez complète de ce qu'est ou devrait être la pratique de la rédaction d'un contrat international à la fin du XXe siècle ». (M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, 1989 à la p. 1). Or, à partir du matériel récolté de 1975 à 1988, il n'est fait aucun commentaire, aucune mention des clauses de choix de loi. Faut-il en déduire qu'elles ne constituent pas des « clauses délicates » ou encore que les contrats étudiés n'en contenaient pas?

Plus récemment encore, Bernard Audit constate que bien que la liberté octroyée aux contractants soit reconnue et admise, « [c]ela n'emporte pas que les parties en fassent toujours usage; aujourd'hui encore, tous les contrats internationaux ne contiennent pas de clause expresse de loi applicable. » (*Supra* note 30 à la p. 155.) La même année, Pierre Mayer dit observer un phénomène inverse : « Aujourd'hui, d'après les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale – donc concernant par hypothèse des contrats qui comportent une clause compromissoire ou qui ont fait l'objet d'un compromis – les clauses de choix de la loi se rencontrent dans plus de huit contrats internationaux sur dix, ce qui est un fort bon résultat. » (P. Mayer, « Actualité du droit international » (2000) 90 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/pa/> consulté le 30 juin 2002).

opinion[343], la volonté des parties participe donc bien d'un facteur de rattachement puisqu'elle désigne, elle fait le pont entre la relation contractuelle et les normes applicables. Comme l'a si justement dit Antoine Kassis, après avoir fait état des nombreux débats théoriques soulevés par la loi d'autonomie, « il n'en reste pas moins vrai qu'elle est une règle de conflit, puisqu'elle a pour seul objet la désignation de la loi qui régira le contrat »[344].

On fait généralement remonter l'idée de l'autonomie de la volonté des parties en matière contractuelle à Dumoulin. Pierre Mayer et Vincent Heuzé rappellent que pour lui

> certains statuts, que l'on rencontre essentiellement dans le domaine des contrats et dans celui des régimes matrimoniaux, ne sont que des *pactes tacites*, qui tiennent leur autorité non de la souveraineté du législateur, mais de la volonté des parties. La conséquence logique en est qu'elles peuvent choisir, non seulement le statut qui leur convient à l'intérieur d'un ordre juridique donné, mais aussi l'ordre juridique lui-même, dont elles adopteront tel ou tel statut[345].

Toutefois, ce n'est que trois siècles plus tard que, « sous l'influence de la philosophie de Kant, [...] le principe d'autonomie de la volonté trouvera son plein épanouissement à la faveur des conceptions individualistes de la Révolution française et du libéralisme économique »[346]. Depuis lors, la liberté accordée aux parties est devenue le principe en matière de rattachement normatif, à tel point que les autres facteurs de rattachement, les facteurs objectifs, peuvent être qualifiés de subsidiaires[347]. L'admission du principe de la liberté contractuelle « repose sur l'idée,

---

[343] En effet, les avis sont partagés comme le rappelle Pierre Lalive: « Ne discutons pas ici la question, controversée, de savoir s'il s'agit d'un “critère de rattachement” au même sens que les autres ». (*Supra* note 7 à la p. 341).

[344] *Supra* note 36 à la p. 201.

[345] *Ibid*. à la p. 43.

[346] J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 491. Pour Bernard Audit, « [l]a justification de la faculté de choix de la loi applicable, au moment où le principe fut proclamé, était quelque peu métaphysique […] ». (*Supra* note 30 à la p. 151).

[347] Voir, par exemple, A. Kassis, *supra* note 36 à la p. 168.

confirmée par la pratique, que les parties n'agissent jamais de façon arbitraire ou capricieuse »[348]. De plus, elle répond aux besoins du commerce international, « en permettant que soient écartés les entraves que constituent des dispositions nationales généralement conçues en considération des seules relations internes, et qui se révéleraient inacceptables pour l'autre partie dans un contrat international »[349].

Parler du rattachement normatif des contrats et du rôle qu'y joue la volonté des parties oblige à présenter brièvement les deux théories selon lesquelles peut être examiné le rapport entre la loi et le contrat. Pour les objectivistes, tout contrat doit être soumis à une loi. La seule liberté accordée aux parties est celle de

> *localiser leur contrat*. Elles n'ont aucunement la faculté de choisir la loi applicable. Celle-ci est déterminée par le juge [...]. D'un point de vue pratique, s'en remettre au magistrat du soin de désigner la législation à laquelle les intéressés sont présumés s'être référés, aboutit à laisser les parties et les tiers dans l'incertitude la plus complète sur la loi applicable et la validité de l'opération envisagée. Pour être fixé, il faut attendre la solution d'un procès dont l'issue est imprévisible[350].

La situation est différente en ce qui a trait au rattachement juridictionnel. Nous avons vu que bien qu'il soit largement admis que les parties jouissent d'une certaine liberté en le domaine, l'autonomie de la volonté ne constitue pas le principe général et premier en la matière. C'est pourquoi en matière de rattachement juridictionnel nous préférons classer les facteurs de rattachement en « subjectifs » et « objectifs ».

[348] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 870.

[349] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 152.

En matière de commerce international, peu de pays ont élaboré des lois spécifiques : on connaissait la loi tchécoslovaque sur les rapports juridiques dans les relations commerciales internationales, loi no 101 du 18 décembre 1963, complétée par des dispositions sur les règles de conflits, loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et procédural. On se souvient aussi de la loi de la République Démocratique d'Allemagne sur les contrats économiques internationaux, du 22 janvier 1976 (*Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge*), complétée par la loi du 5 décembre 1975 de la République Démocratique d'Allemagne sur le droit applicable dans les relations internationales.

Ces textes ont été bien sûr abolis mais, par exemple, la majorité des dispositions du code de commerce international tchécoslovaque a été incorporée dans le nouveau code de commerce slovaque, No. 513/1991 Coll. Celui-ci traite principalement des relations commerciales internes mais comprend un chapitre – chapitre III, art. 729 à 755 – uniquement consacré aux relations contractuelles commerciales internationales.

En Europe occidentale, plusieurs auteurs insistent sur les différences entre commerce interne et commerce transnational. Voir, entre autres, M. Fontaine, *supra* note 342; É. Loquin, « L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international » dans CCI, *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, CCI, 1986, 67 aux pp. 95 à 99; J.-M. Mousseron *et al.*, *supra* note 226 aux pp. 15-18; F. Osman, *Les principes généraux de la* lex mercatoria *– Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.

[350] G.-R. Delaume, *supra* note 39 à la p. 325. [Les italiques sont dans le texte original]

Dans la logique objectiviste, les parties doivent choisir une loi qui a un lien suffisant avec la relation, une loi qui correspond à une certaine logique contractuelle. Sinon, la localisation est considérée comme artificielle. En cas de conflit entre le contrat et la loi, la loi l'emporte.

La conception subjectiviste est nettement plus permissive vis-à-vis des parties et de leurs choix. Ainsi, peu importe le lien – ou l'absence de lien – entre le contrat et la loi désignée car ce qu'elles recherchent, c'est la sécurité juridique. Or, elles sont le mieux placées pour trouver la loi qui correspond à ce besoin. En cas de conflit entre le contrat et la loi, le premier prévaut. Ainsi, si la loi désignée annule le contrat, il faut écarter le choix de loi afin de permettre au contrat de survivre.

Au Québec, jusqu'à très récemment, même si « [l]e principe de l'autonomie de la volonté des parties est bien ancré dans la tradition juridique »[351], en matière de rattachement normatif il jouait un rôle secondaire, puisque le principe était la *lex loci contractus* : « Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement […] »[352].

Depuis 1994, le principe de la liberté contractuelle vient maintenant en tête des dispositions sur la loi applicable au fond des actes juridiques : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte »[353]. Le codificateur québécois a donc choisi la thèse subjectiviste, accordant aux parties la liberté d'aller au delà de la simple localisation du contrat, à partir de laquelle l'autorité saisie devrait rechercher la loi applicable. Ce sont les parties qui la lui indiquent directement.

---

[351] *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1034.

[352] Art. 8 C.c.B.-C. Pour une illustration du respect de la loi d'autonomie par les tribunaux, voir *Franjan Productions Inc. et autres* c. *Security Investment Trust Co. S.A. et autres*, [1975] C.S. 1140.

La liberté contractuelle permet aux parties de « dépecer » le contrat puisque elles peuvent « désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique »[354]. Le dépeçage fait l'objet de réticences dans la mesure où il brise l'harmonie contractuelle mais d'une part comme il est « directement lié au principe de l'autonomie de la volonté [il] pourrait donc être difficilement interdit »[355] et d'autre part, il s'inscrit souvent dans une logique d'hétérogénéité des contrats complexes. Pour que l'application de deux lois différentes à un même contrat soit acceptable, il faut cependant qu'elle n'aboutisse pas à des solutions incompatibles ou contradictoires. « Dans ce cas, il vaut mieux considérer qu'il y a absence de désignation »[356].

Les termes utilisés par le codificateur québécois doivent être interprétés de façon souple. Lorsqu'il indique que l'acte juridique est régi par « la loi désignée », cela ne doit pas être vu de façon statique. Ainsi, s'il y a modification législative après la désignation, elle sera appliquée au moment de résoudre le litige.

Qu'elle repose sur la volonté des parties ou, comme nous en traiterons plus loin, sur des facteurs de rattachement subsidiaires, la loi désignée s'entend comme les « règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois »[357]. L'interdiction générale du renvoi est de droit nouveau au Québec et a été motivée, d'après le ministre de la Justice, par l'augmentation de « l'incertitude des parties quant à leurs obligations respectives »[358]. Il est vrai que traditionnellement au Québec, même avant 1994, on pouvait écrire : « Dans le domaine contractuel où la

---

[353] Art. 3111 C.c.Q. al. 1. Cet article a pour source l'article 3.1 de la Convention de Rome. Nous ferons état plus loin des différences entre les deux dispositions.

[354] Art. 3111 al. 3 C.c.Q.

[355] M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980* p. 0001 – 0050, en ligne : <http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1980/fr_380Y1031_01.html> (consulté le 17 janvier 2000).

[356] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 872. Signalons que les tribunaux n'ont pas encore été confrontés à une telle question.

[357] Art. 3080 C.c.Q.

[358] *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1021

primauté de la volonté des parties est généralement admise, il est rare que la question du renvoi se pose »[359].

D'un point de vue psychologique, comme Pierre Lalive « on admettra volontiers la *présomption* [que les parties] n'ont pas pensé au droit international privé, mais au droit matériel du pays qu'elles ont désigné »[360] en déterminant la législation la plus appropriée à régir leur relation. En effet, les contractants considèrent vraisemblablement que ce sont les règles *substantielles* de ce droit-là qui leur conviennent et font certainement peu de cas des questions de « conflits de lois ».

En France, c'est au début du XX[e] siècle que la Cour de cassation consacre le principe : « La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée »[361]. À ses débuts, la théorie de l'autonomie de la volonté a reçu un accueil plutôt hostile de la part de la doctrine et pendant longtemps, elle a partagé les opinions. Plusieurs ne

---

[359] J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 60.

Mentionnons que la question pourrait toutefois se poser si on l'abordait sous l'angle des doctrines subjectiviste et objectiviste. Selon la première, il est évident que le renvoi n'a pas sa place puisqu'en désignant la loi applicable, « les parties ont de ce fait incorporé les dispositions de la loi étrangère interne dans leur contrat pour en devenir des clauses tacites » (*Ibid*. à la p. 60.). En revanche, en suivant la conception objectiviste, en vertu de laquelle le choix des parties ne porte pas sur la loi compétente mais vise uniquement à localiser le contrat, la logique peut admettre le renvoi. Voir, par exemple, *Vita Food Products Inc*. v. *Unus Shipping Co*., [1939] 2 D.L.R. 1, p.9, où Lord Wright accepte d'appliquer la loi anglaise désignée dans un connaissement entre une partie canadienne et une partie américaine et où il estime cependant que « [h]ence English rules relating to the conflict of laws must be applied to determine how the bills of lading are [a]ffected by the failure to comply with s. 3 of the Act » [par conséquent, on doit appliquer les règles de conflit anglaises pour déterminer si les connaissements sont affectés par leur défaut de conformité à l'article 3 de la loi].

[360] *Supra* note 32 à la p. 275. [Les italiques sont dans le texte original]. D'ailleurs, par respect de la liberté contractuelle, les ordres juridiques qui acceptent le renvoi l'écartent lorsque les parties ont elles-mêmes désigné la loi applicable au contrat.

[361] Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co*., S. 1911.1.129 (note Lyon-Caen), (1911) Rev. dr. int.pr. 395.

Il semble qu'en Angleterre, ce soit au milieu du XVIII[ème] siècle qu'un tribunal ait mentionné pour la première fois la loi d'autonomie. La cour du banc du roi avait à décider si une dette de jeu, contractée en France, était payable en Angleterre. Lord Mansfield écrit : « the general rule established ex comitate et jure gentium is, that the place where the contract is made, and not where the action is brought, is to be considered in expounding and enforcing the contract. But this rule admits of an exception, where the parties (at the time of making the contract) had a view to a different kingdom. » (*Robinson* c. *Bland* 1 Black. W. 257, 96 E.R. 141.) [La règle générale établie ex comitate et jure gentium veut qu'on tienne compte, pour interpréter et exécuter le contrat, du lieu où il a été fait et non de l'endroit où l'action est intentée. Cependant cette règle peut comporter une exception lorsque les parties (au moment de conclure le contrat) avaient à l'esprit un royaume différent.]

semblaient pas particulièrement priser la liberté laissée aux parties. Au milieu du XXe siècle, un auteur écrivait que l'autonomie de la volonté

> est, en définitive, une construction récente. Elle coïncide avec cette tendance à l'hypertrophie de la volonté acceptée par la Doctrine dans la deuxième moitié du XIXe siècle et recueillie depuis par la jurisprudence. Cette glorification de l'individualisme le plus outrancier, que notre Ancien Droit n'a jamais connue, explique seule les errements de la pratique[362].

Aucun texte législatif français ne pose le principe de l'autonomie de la volonté en la matière. Le droit français, à cet égard, tire sa source de la jurisprudence, à laquelle se sont ajoutées des dispositions conventionnelles. En effet, plusieurs textes internationaux portent sur le sujet.

Le premier à cet effet remonte à une quarantaine d'années. Il s'agit de la *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*[363] qui s'est « substituée au droit commun [français] dans cette matière »[364]. Entrée en vigueur en 1964, les neuf ratifications proviennent, à une exception près, le Niger, de pays européens. Globalement, avec ses douze articles, le texte de la Convention est assez sommaire.

L'article 2 reconnaît la liberté contractuelle, en limitant très expressément le choix des parties à une loi nationale : « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes ».

Actuellement, en France, les règles relatives à la loi applicable relèvent de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, dont s'est dotée la

---

[362] G.-R. Delaume, *supra* note 39 à la p. 324. Souvenons-nous que le juriste était un farouche partisan de la théorie objectiviste et par conséquent très réticent à l'exercice « débridé » de l'autonomie de la volonté des parties.

[363] La Haye, 15 juin 1955.

[364] B. Audit, *Droit international privé*, 2e éd., Paris, Économica, 1997, p. 653.

Communauté économique européenne en 1980 et qui est entrée en vigueur le 1er avril 1991[365].

> Le but essentiel de la présente convention est d'introduire dans le droit national des États membres de la Communauté économique européenne un ensemble de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations contractuelles ainsi que sur certaines questions générales de droit international privé dans la mesure où ces questions se rattachent à la matière de ces obligations[366].

Par son article 3.1, elle pose comme principe premier la liberté de choix. « Ainsi donc, le principe d'autonomie de la volonté est la pierre angulaire du droit international privé des contrats dans la Convention de Rome »[367]. En réalité, l'article 3.1 ne fait que reproduire l'état du droit sur cette question dans les pays membres de la Communauté, où le principe est respecté tant par les tribunaux étatiques que par les arbitres[368].

La Convention de Rome permet le dépeçage bien que l'avis des experts sur cette question fût partagé. Certains avaient proposé que « d'un choix partiel de la loi il soit possible pour le juge de tirer une présomption en faveur d'une loi unique appelée à régir le contrat dans son ensemble »[369]. Cette solution a été écartée car il est possible que les parties souhaitent soustraire un aspect particulier du contrat à la loi qui a vocation à régir le reste.

---

[365] *Supra* note 154.

[366] M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

[367] A. Kassis, *supra* note 36 à la p. 347.

[368] Voir à ce sujet M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

[369] *Ibid*.

Le dépeçage est donc nouveau en droit français puisqu'avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, « les tribunaux français n'[avaient] pas clairement admis cette possibilité qui est cependant dans la logique même de l'autonomie de la volonté, mise à part l'affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire dans les contrats internationaux ». (J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles » (1991) 118 J.D.I. 601 à la p. 606.)

L'alinéa 2 de l'article 3 de la Convention de Rome prévoit, ce qui n'a pas été retenu par le codificateur québécois, que les parties puissent modifier leur choix à tout moment, possibilité déjà acceptée par le droit français[370]. Enfin, dans la lignée des conventions de La Haye[371], l'article 15 interdit le renvoi, ce qui « va de soi »[372].

Au chapitre des textes internationaux, mentionnons qu'à la suite de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne, qui, portant sur des règles substantielles, ne réglait pas les problèmes de rattachement normatif tout en « ayant fait une large place au jeu des règles de conflits pour l'applicabilité de ses dispositions »[373], et vu le peu de succès de la Convention de 1955, qui n'avait été ratifiée que par neuf États, la Conférence de La Haye en droit privé élabora un nouveau texte. Michel Pélichet écrivait en 1988 :

> La Convention de La Haye de 1955 n'ayant que peu de chance d'être favorablement accueillie par un grand nombre d'États, sa révision s'imposait, et il faut espérer que le résultat de cette révision constituera un instrument international qui puisse valablement compléter la Convention de Vienne de 1980[374].

Pour le moment, les espoirs sont déçus puisque la *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* n'est pas encore entrée en vigueur[375].

Pour mémoire, rappelons qu'à l'instar de la Convention de Rome, elle privilégie la loi d'autonomie, en permettant expressément le dépeçage, la désignation

---

[370] D'après Henri Batiffol, la possibilité avait déjà été acceptée par le droit français : voir Cass. civ, 18 novembre 1959, (1960) Rev. crit. D.I.P. 83 (note Henri Batiffol). *Contra* : J. Foyer, *supra* note 369 à la p. 607.

[371] Voir à ce sujet M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

[372] A. Kassis, *supra* note 36 à la p. 479.

[373] M. Pélichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », (1987) 201 R.C.A.D.I. 9 à la p. 48.

[374] *Ibid*.

[375] La Haye, 22 décembre 1986. Elle a au moins le mérite d'avoir servi de source d'inspiration à certaines dispositions du nouveau Code civil au Québec, comme l'article 3080 (prohibition du renvoi) ainsi que les articles 3114 et 3115 en matière de vente internationale.

tardive de la loi applicable ainsi que le changement de désignation en tout temps par les parties[376].

Nous venons de voir que la liberté contractuelle permet aux parties de désigner la loi applicable à leur contrat. Si l'avis est quasiment unanime sur le principe, on doit cependant noter quelques divergences en ce qui a trait aux éléments contractuels couverts. Dans tous les systèmes qui acceptent et même prônent le principe, il ne fait pas de doute qu'ainsi les contractants entendent faire régir le fond de l'acte juridique, sa validité ainsi que ses effets. En revanche, en ce qui a trait à la forme de l'acte, pour certains ordres juridiques la liberté des parties ne constitue pas le principe premier. Il en est ainsi en droit québécois où l'article 3109 C.c.Q. dispose : « La forme de l'acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé. Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte […] ». On ne peut donc dire que la forme est totalement soustraite à l'exercice de leur liberté par les parties mais cette dernière constitue l'un des « rattachements alternatifs et optionnels adoptés dans l'unique but de valider l'acte »[377].

La formulation choisie par le codificateur québécois pour permettre que la forme du contrat soit indirectement soumise à la loi d'autonomie pose quelques difficultés. Il semble en effet tenir pour acquis que le contrat est régi par un seul corps de normes. Or lui-même prévoit et autorise qu'il en aille différemment[378]. En cas de

---

[376] Art. 7.

[377] P. Glenn, « Droit international privé » dans Le Barreau du Québec et La Chambre des notaires du Québec, *La Réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 669 à la p. 714. Pour cet auteur, la *lex loci celebrationis* ne peut qu'invalider l'acte alors que les six autres lois prévues par l'article 3109 C.c.Q. permettent de le « sauver ».

En ce qui a trait à ce qui constitue la « forme », deux commentateurs des nouvelles dispositions, reprenant d'ailleurs mot à mot le rapport de Mario Giuliano et Paul Lagarde sur le Convention de Rome, font remarquer que le « législateur n'a pas pris position sur ce problème de qualification dont l'importance est réduite par le rapprochement dans une assez large mesure de la forme et du fond ». (J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 868). Patrick Glenn considère au contraire que justement, « [l]a multiplication de lois applicables pour valider la forme de l'acte juridique rend plus aiguë la distinction entre le fond et la forme ». (*Ibid.* à la p. 715).

Remarquons, bien que ce ne soit peut-être pas significatif, que le code québécois inverse l'ordre énoncé par la Convention de Rome qui prévoit en premier lieu, en matière de forme, la loi régissant le fond de l'acte juridique.

[378] Art. 3111 al. 3 C.c.Q.

pluralité de lois, « laquelle faut-il appliquer à la forme de cet acte? Il paraît raisonnable d'appliquer la loi de fond qui régit la partie de l'acte [dont] la condition de forme litigieuse se rapproche le plus »[379].

En droit français, la liberté contractuelle a-t-elle sa place en ce qui concerne la forme des contrats? Selon les professeurs Mayer et Heuzé, la réponse est affirmative : « la jurisprudence reconnaît à la règle *locus regit actum* un caractère *facultatif* : la loi locale n'offre aux parties qu'un modèle possible de formes à observer : leur choix peut se porter sur une autre loi »[380]. Le principe de la soumission volontaire de la forme de l'acte à la loi régissant le fond remonte à une quarantaine d'années. Alors qu'au début du XX[e] siècle, la Chambre civile avait reconnu au testateur un droit d'option entre deux lois, sa loi nationale ou celle du lieu où il rédige l'acte, en 1963, la jurisprudence en ajoutait une troisième en matière contractuelle, soit la loi choisie pour régir le fond de l'acte[381]. Pierre Mayer faisait remarquer en 1998 que celle-ci présente l'avantage d'

> être d'une utilisation commode pour les parties : si elles ont choisi pour conseils des juristes connaissant spécialement le droit qui va régir leurs relations (supposé différent du droit local), ceux-ci sont peut-être ignorants des formes locales; de plus, la soumission à une loi unique de la forme et du fond d'un acte supprime de difficiles problèmes de qualification et d'adaptation[382].

Toutefois, en droit québécois comme en droit français, on constate que la liberté accordée aux parties en ce qui a trait à la forme de l'acte est passablement restreinte. En effet, leur choix en matière de loi applicable au fond de l'acte peut déteindre sur la loi applicable à la forme mais il ne permet toutefois pas de désigner une loi différente. Bernard Audit fait remarquer qu' « il a même été envisagé de faire

---

379 J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 869.

380 *Supra* note 36 à la p. 506. [Les italiques sont dans le texte original].

381 Voir pour le principe de l'option l'arrêt *Viditz*, Cass. civ., 20 juillet 1909, Rev.dr.int.pr. 1909.900 (concl. Baudouin), D.P. 1911.1.185 (note Politis) et pour l'option triple *Chaplin*, Cass. civ., 28 mai 1963, (1964) Rev. crit. 513 (note Loussouarn), J.D.I. 1963.1004 (note Goldman), J.C.P. 1963.II.13347 (note Malaurie), D. 1963.677.

382 P. Mayer, *supra* note 2 à la p. 491.

dépendre la forme, comme le fond, de la loi d'autonomie. Une telle extension semble excessive […] »[383].

En matière de rattachement juridictionnel, nous avons évoqué l'autonomie de la clause. Presque dans le même esprit, on doit ici se demander ce qu'il advient si la loi désignée invalide l'acte. En d'autres termes, le choix de loi subsiste-t-il, entraînant ainsi la « mort » du contrat ou doit-il être mis de côté? Le droit québécois privilégie la validité du contrat qui l'emporte sur la loi. La théorie subjectiviste veut qu'« en concluant un acte juridique, les parties n'auraient pas voulu sa nullité »[384]. La loi désignée doit donc être écartée et le contrat sera alors régi par une loi désignée objectivement par le tribunal[385].

La solution retenue par le codificateur québécois s'écarte de celle prévue par la Convention de Rome. À la lecture des textes, la distinction est subtile mais elle mérite d'être soulignée, étant donné son importance. Comme nous venons de le mentionner, le Code civil québécois propose un mécanisme de rechange dans le cas où la loi désignée invalide le contrat. En d'autres termes, l'article 3112 C.c.Q. permet de faire abstraction de cette désignation et de rechercher une loi différente. Peut-être celle-ci mènera-t-elle également à l'invalidation du contrat mais, en aucun cas, la loi choisie ne peut, par elle-même, rendre le contrat invalide.

En revanche, le raisonnement proposé par l'alinéa premier de l'article 8 de la Convention de Rome est autre. En effet, il prévoit un mécanisme visant à déterminer la validité du contrat, au terme duquel, par conséquent, il peut être anéanti : « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi du lieu qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables ». Or en cas d'exercice de la liberté contractuelle, cette loi est justement celle désignée par les parties et il se pourrait par conséquent qu'elle

---

[383] *Supra* note 30 à la p. 702.

[384] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 717.

[385] Art. 3112 C.c.Q.

invalide partiellement ou totalement l'acte. Comme le souligne Hélène Gaudemet-Tallon, « en admettant qu'est compétente “la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables”, [l'article 8] décide nécessairement que cette loi est compétente même si elle annule le contrat »[386]. Pierre Mayer et Vincent Heuzé commentent la disposition dans le même sens : « or, la loi applicable en vertu de la Convention, lorsque le contrat comporte une clause de choix, est la loi choisie, et c'est donc elle qui, selon l'article 8, est susceptible d'entraîner la nullité totale ou partielle du contrat »[387].

Si la solution apportée par la théorie subjectiviste suivie au Québec répond à une certaine logique, c'est une autre forme de logique, moins convaincante à notre point de vue, qui sous-tend le principe de l'article 8 de la Convention de Rome. On peut la résumer en deux arguments. En premier lieu, les parties ont entendu s'en remettre totalement à une loi « pour donner force obligatoire à leur contrat, et en même temps, nécessairement, pour poser les conditions auxquelles cette force obligatoire est subordonnée »[388]. D'autre part, si les parties ont fait l'effort, serions-nous tentée de dire, de désigner conventionnellement une loi, ce n'est pas pour s'en faire imposer une autre par un tiers.

Pour terminer, mentionnons une situation particulière. Lorsque l'on parle de l'exercice de la volonté des parties, on y pense spontanément en termes positifs. Autrement dit, la liberté des parties leur permet de d'indiquer ce qu'elles souhaitent. Il arrive, dans les relations commerciales internationales, que les contractants soient totalement muets sur ce qu'ils désirent mais très explicites sur ce qu'ils ne veulent pas. C'est ainsi que dans l'affaire *Valenciana*[389], les parties avaient clairement rejeté l'application non seulement du droit espagnol et du droit de l'État de New York,

---

[386] H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 3200, § 155. [Nous soulignons]

[387] *Supra* note 36 à la p. 482.

[388] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 482.

[389] Cass. civ. 1re, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A.* c. *Primary Coal Inc.*, 22 octobre 1991, (1992) J.D.I. 177, (1992) Rev. arb. 457.

proches de l'affaire mais également de tout droit national. L'arbitre en a déduit qu'« on est même fondé à penser que du fait qu'elles ont écarté le droit anglais, elles n'ont pas voulu d'un droit national quelconque et qu'elles ont préféré un droit purement international »[390]. Il a alors conclu que le litige serait « réglé selon les seuls usages du commerce international autrement dénommés "*lex mercatoria*" »[391].

Ayant rappelé le principe de la liberté contractuelle en matière normative, nous allons maintenant examiner si son expression connaît des limites.

1.2 Conditions de forme

L'article 3111 C.c.Q. prévoit que le choix de loi s'exprime de diverses façons. La loi choisie doit être « expressément désignée dans l'acte » ou sa désignation doit « [résulter] d'une façon certaine des dispositions de cet acte ». Les termes utilisés laissent penser que, dans le premier cas, la clause doit être écrite. Le second cas de figure se fonde également sur des documents. Il faut en déduire que la clause de choix de loi ne peut être purement verbale.

Le texte de la Convention de Rome, dont s'inspire le *Code civil du Québec*, semble, lui, permettre que la convention soit verbale puisqu'il mentionne simplement que le « choix doit être exprès »[392], sans faire mention d'un support quelconque. Nous partageons donc sur ce point l'avis d'Hélène Gaudemet-Tallon, pour qui le choix des parties sera « le plus souvent exercé par écrit mais […] on peut concevoir une expression purement verbale »[393].

---

[390] J.-M. Mousseron *et al.*, *supra* note 226 à la p. 67, note 27.

[391] *Ibid.*

[392] Art. 3 § 1.

[393] H. Gaudemet-Tallon, « Le nouveau droit international privé des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. no 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) » (1981) Rev. Trim. de droit euro. 215 à la p. 243.

Cependant, le rapport accompagnant la Convention indique : « Le choix de la loi par les parties résulte souvent d'une clause expresse du contrat », laissant entendre là aussi que la clause soit écrite. (M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.)

Alors que la question de la forme de la clause de choix de loi ne semble avoir suscité aucun intérêt auprès des juristes, celle de la « déduction » du choix est largement commentée par la doctrine. Ici, le droit québécois se démarque en partie du texte dont il s'est inspiré, notamment parce qu'il n'en a pas repris tous les éléments. L'article 3111 C.c.Q. ne prévoit pas que l'intention des parties puisse se déduire « des circonstances de la cause »[394], ce qui emporte quelques divergences sur cette question entre le droit québécois et le droit européen. D'ailleurs, même sur les éléments communs, les avis sont différents. Ainsi, l'expression « résulter de façon certaine des dispositions » du contrat oblige, selon Patrick Glenn, à écarter un choix « "implicite" qui résulterait du choix du for »[395] alors qu'elle fait dire à Bernard Audit : « Une *clause attributive de juridiction* est généralement interprétée comme manifestant le choix de la loi du pays correspondant »[396]. Pierre Mayer et Vincent Heuzé se situent entre ces deux extrêmes puisque après avoir rappelé que « [l]a jurisprudence française a tenu fréquemment compte de l'indice », ils ajoutent : « [m]ais il serait excessif de dire qu'il suffit à caractériser, à lui seul, un "choix certain" de la loi du juge désigné »[397].

Si une certaine confusion règne donc en ce qui a trait à cette possibilité, en revanche, tout le monde s'accorde pour dire que l'usage d'un contrat-type « d'un organisme donné »[398] ou utilisé « dans une juridiction précise »[399] constitue une indication certaine de la volonté des parties de s'en remettre à la loi du pays de cet organisme ou de cette juridiction, de même, l'inclusion ou la référence expresse dans le contrat à des dispositions législatives. Pierre Mayer et Vincent Heuzé ajoutent une

---

[394] Art. 3 § 1 Convention de Rome.

[395] *Supra* note 377 à la p. 718. Commentant le même article, deux auteurs ont une opinion opposée : « Le cas le plus fréquent où le juge peut être amené à déduire le choix de la loi qu'il convient d'appliquer est celui où le contrat comporte une clause d'arbitrage ou une clause attributive de juridiction dans laquelle un État déterminé est désigné comme étant le siège de l'instance arbitrale ou juridictionnelle ». (J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 872.)

[396] *Supra* note 30 à la p. 680. [Les italiques sont dans le texte original]

[397] *Supra* note 36 à la p. 487.

[398] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 680. Dans le même sens, voir P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 aux pp. 486-487.

[399] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 718.

autre situation, intéressante : « […] lorsque est conclu un *contrat d'adhésion*, il est normalement établi conformément à la législation du pays qui sert de cadre aux activités de la partie qui l'impose »[400].

En ce qui concerne les « circonstances de la cause », mentionnons l'existence d'un contrat antérieur entre les mêmes parties et dans lequel elles avaient désigné la loi applicable, le cas du contrat accessoire ou de ceux qui mettent fin au contrat, comme une résiliation.

1.3 Conditions de fond

Nous avons constaté qu'en ce qui a trait au rattachement juridictionnel, qu'il s'agisse de clauses attribuant compétence à une autorité étatique ou à un tribunal arbitral, les deux conditions de fond principales, caractère international de l'affaire et lien entre l'objet du choix des parties et le litige, font l'objet d'interprétations et d'opinions diverses. Retrouve-t-on les mêmes difficultés dans le domaine des clauses de choix de loi?

1.3.1 Le caractère international

La même question se pose qu'en matière de rattachement juridictionnel : la volonté des parties peut-elle s'exercer dans le cadre d'un contrat local? La question peut aussi se poser dans les termes suivants : les parties peuvent-elles rendre leur litige international par la seule désignation d'une loi étrangère?

La Convention de Rome autorise « ce qui jusque-là était considéré comme inconcevable »[401]. En effet, par son article 3 §3, elle permet aux parties à un contrat purement interne de désigner une loi étrangère, sous réserve des dispositions

---

[400] *Supra* note 36 à la p. 486. [Les italiques sont dans le texte original.]

[401] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 475.

impératives de la loi locale[402]. Donc, dans ce cas-là, si le contexte ne met pas en jeu des dispositions impératives, il faut en conclure que les cocontractants, ressortissants d'un même ordre juridique, peuvent désigner une loi autre que leur loi nationale. Et *a contrario*, il faut en déduire que lorsque le contrat est « international », aucune limite n'est imposée aux parties.

L'article 3111 C.c.Q. s'est inspiré de l'article 3 de la Convention de Rome[403] mais en raison de plusieurs éléments, il nous semble devoir se prêter à une interprétation plus aisée[404]. D'abord, en raison de sa structure, il pose en premier lieu le principe général de la liberté accordée aux parties : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte […] »[405]. Donc, le choix est valable même si le contrat ne comporte objectivement aucun élément d'extranéité[406].

---

[402] Deux auteurs rappellent toutes les difficultés que soulève une telle restriction. Elle laisse « dans le vague la combinaison, nécessairement complexe, qui devra alors être effectuée entre les dispositions impératives et supplétives de la loi choisie, d'une part, les dispositions impératives de la loi locale, d'autre part ». (P. Mayer et V. Heuzé, *ibid.* à la p. 475.)

[403] Il n'est pas le seul. Mentionnons notamment les articles 3077 (sur les fédérations et la pluralité de systèmes juridiques dans un même État), 3079 (sur la qualification), 3080 (prohibition du renvoi), 3109 (sur la forme des actes juridiques), 3111 à 3113 (sur le fond des actes juridiques), 3114 (sur la vente) et 3120 (sur la cession de créance).

[404] Les rapporteurs de la Convention de Rome expliquent que le troisième paragraphe de l'article 3 est « le résultat d'un compromis » pour concilier les positions de deux groupes d'experts. Les uns souhaitaient « limiter la liberté de choix des parties consacrée dans cet article par un correctif tendant à préciser que le choix d'une loi étrangère ne suffirait pas en soi pour permettre l'application de cette loi si la situation au moment du choix n'impliquait pas un autre élément d'extranéité » alors que pour les autres, « le choix par les parties d'une loi étrangère [pouvait] être pleinement justifié, bien que la situation ne présentât apparemment aucun autre élément d'extranéité ». (M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355).

[405] On remarquera, au passage, que le codificateur a clairement choisi un concept juridique, l'extranéité, plutôt que de recourir à la notion économique de l'internationalité. En ce qui concerne la Convention de Rome, pour Hélène Gaudemet-Tallon, le doute est permis, « [a]ucun élément, ni le texte de la convention, ni le rapport ne [permettant] de déterminer le sens retenu par la convention de 1980. » (*Supra* note 393 à la p. 233). D'après Jacques Foyer, le changement de terminologie entre l'avant-projet qui parlait de situations à caractère international et celle du texte adopté indique une volonté délibérée de privilégier la notion juridique. (Voir *supra* note 369 à la p. 604).

Le Code civil québécois, alors qu'il n'en était qu'au stade de projet, excluait la possibilité de désigner contractuellement la loi applicable lorsque l'acte juridique était local. L'article 21 prévoyait en effet : « Les actes juridiques présentant un caractère international sont régis par la loi de l'État désigné expressément par les parties ». (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, projet de Code civil*, vol. I, Québec, Éditeur officiel, 1977, art. 21).

[406] De ce point de vue, le droit québécois se démarque de la plupart des droits nationaux en permettant l'exercice de l'autonomie de la volonté en matière de rattachement normatif même dans le cadre de contrats purement internes. Généralement, les ordres juridiques consacrant la loi d'autonomie introduisent « dans les contrats

Ce n'est qu'ensuite que le code impose des restrictions aux contrats purement locaux : « Néanmoins, s'il ne présente pas d'élément d'extranéité, [le contrat] demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation »[407].

En outre, on ne retrouve dans le *Code civil du Québec* aucune contradiction du type de celle que nous venons de mentionner à propos de la Convention de Rome.

Nous ne partageons donc pas l'avis des auteurs québécois qui prétendent que « [p]ar élément d'extranéité, il faut entendre au moins un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger dans le contexte où la question se pose »[408]. Rien, ni dans la lettre, ni dans l'esprit du texte ne permet à une telle affirmation, au contraire. De plus, comme nous nous apprêtons à le voir, les parties doivent jouir d'une entière liberté de choix afin de répondre au mieux aux besoins du commerce international. On sait en effet que les parties recherchent souvent, tant en matière juridictionnelle que normative, le terrain le plus neutre possible.

1.3.2 Lien entre la loi désignée et le contrat

Toute la quintessence de la théorie subjectiviste se retrouve dans l'article 3111 C.c.Q. Comme nous l'avons mentionné, suivant cette théorie, la loi choisie peut n'avoir aucun lien avec l'opération contractuelle. C'est la solution actuellement proposée par le droit québécois, sous réserve évidemment des questions de

---

internationaux un degré de liberté contractuelle supérieur à celui qui est reconnu dans les contrats internes ». (P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 477.)

Jacques Foyer fait remarquer que la Cour de cassation italienne a déjà admis, elle aussi, que les cocontractants puissent choisir la loi applicable dans le cadre d'une relation entièrement domestique. (Voir J. Foyer, « L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles » 103 (1976) J.D.I. 593 à la p 597.)

[407] Art. 3111 C.c.Q. al. 2.

[408] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 870. [Nous soulignons].

fraude[409]. Ici, on favorise encore à la fois la sécurité et la prévisibilité, tout en tenant compte des besoins des parties et des réalités du commerce international. En effet, certaines législations sont particulièrement bien adaptées à certaines opérations commerciales[410]. De plus, on a déjà vu que la neutralité est souvent un facteur de bonne entente entre les parties.

Les nouvelles dispositions du droit québécois en matière internationale sont imprégnées du principe de proximité[411]. En vertu de l'article 3082 C.c.Q., le tribunal peut, si le lien est trop lâche entre la loi désignée par les dispositions du Code et la relation contractuelle, écarter cette loi au profit d'une autre[412]. Toutefois, le principe de proximité n'intervient pas en cas de clause de choix de loi : « La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique »[413].

La Convention de Rome n'exige non plus aucun lien entre la loi choisie et la relation contractuelle. Ce faisant, elle « entretient […] une conception particulièrement libérale du principe de l'autonomie de la volonté. […] Les parties peuvent choisir dans l'immense catalogue regroupant l'ensemble des lois des États celle dont le contenu est le plus apte à satisfaire leurs intérêts »[414].

Deux auteurs déplorent que le texte international n'exige pas que « le choix ne soit pas entaché de fraude »[415]. Bernard Audit voit dans les articles 1.1. et 3.3. de la Convention un mécanisme permettant de faire échec à la fraude lors de relations internes.

---

[409] Le droit québécois a prévu des mécanismes pour lui faire échec, notamment les articles 3079 et 3081 C.c.Q.

[410] Les parties, lorsqu'elles recherchent la loi qui convient le mieux à la relation contractuelle, doivent soupeser les avantages et les inconvénients des diverses options qui s'offrent à elles. Certains auteurs ont pu alors parler de « *jus shopping* ». (É. Loquin et L. Ravillon, *supra* note 36 à la p. 98.)

[411] Nous avons eu l'occasion de le mentionner à propos du principe du miroir, en matière juridictionnelle, énoncé à l'article 3164 C.c.Q. Voir ci-dessus à la p. 52.

[412] L'esprit de cette disposition est à rapprocher de celui qui sous-tend l'article 3135 C.c.Q. en matière juridictionnelle.

[413] Art. 3082 C.c.Q.

[414] É. Loquin et L. Ravillon, *supra* note 36 à la p. 98.

D'ailleurs, y a-t-il en matière de contrat transnational une loi qui ait réellement un lien avec la relation, qui ait une vocation particulière ou privilégiée pour la régir? Pour certains, la réponse est clairement négative[416] et le libre choix accordé aux parties tant par la Convention de Rome que par le droit québécois s'inscrit dans cette logique.

2. Les limites

En vertu du droit québécois, la clause de choix de loi est réservée au domaine des actes juridiques et la Convention de Rome s'applique aux obligations contractuelles. Le contrat de vente est donc clairement la matière de prédilection de la clause de choix de loi. Toutes les parties peuvent-elles alors user de leur liberté? Nous avons vu qu'en matière juridictionnelle, le droit international privé fait généralement une distinction entre certains types de contractants, dignes de protection spéciale, non en niant forcément la liberté contractuelle mais du moins en l'encadrant de façon particulière. Comme nous allons l'exposer ci-dessous, il en va de même pour la clause de choix de loi.

2.1 Élection de droit et consommateurs

La Convention de Rome et le *Code civil du Québec* expriment le principe général sur cette question dans des termes identiques[417]. D'emblée, on constate qu'une clause de choix de loi est valide dans un contrat de consommation. En droit québécois, il s'agit là d'un revirement total par rapport à ce qui avait été prévu dans l'avant-projet de Code civil qui interdisait complètement l'exercice de la volonté des

---

[415] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 476.

[416] Voir P. Mayer et V. Heuzé, *ibid.* aux pp. 479-480. Voir également A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats » (1955) R.C.D.I.P. 459 et « Les contrats en droit international privé suisse » (1968) R.C.A.D.I. t. 123 543.

[417] Art. 5 de la Convention de Rome, art. 3117 C.c.Q.

parties dans les contrats de consommation[418]. Ajoutons que le principe permet aux parties de choisir n'importe quelle loi, objectivement en lien ou non avec leur relation.

Comme nous l'exposerons plus loin, le droit québécois fait une distinction entre consommateur local et consommateur étranger. Dans le premier cas, l'article 3111 C.c.Q. est inapplicable puisque lors d'une relation ne présentant pas d'élément d'extranéité, les parties québécoises sont impérativement soumises à la *Loi sur la protection du consommateur*, en raison de son article 19 qui réduit à néant la liberté contractuelle en interdisant les clauses de choix de loi[419]. Par ailleurs, les dispositions sur le droit international privé comportent une disposition sur le choix de loi en matière de consommation. Concluant sur le lien entre *Loi sur la protection du consommateur* et article 3117 C.c.Q., les commentaires accompagnant le Code civil indiquent: « Ainsi, le consommateur, domicilié au Québec, pourra se voir appliquer une loi qui lui serait plus avantageuse que la loi québécoise […] »[420]. L'affirmation est contestable à plus d'un titre. En premier lieu, le code civil et la loi ne font pas référence au *domicile* du consommateur mais plutôt à sa *résidence*. Ensuite, l'impérativité de la *Loi sur la protection du consommateur* oblige le juge à l'appliquer, peu importe que son contenu soit plus ou moins favorable au consommateur qu'une autre loi. En d'autres termes, elle interdit purement et simplement la désignation d'un droit par les parties et son contenu s'impose au tribunal québécois.

---

[418] 1988, art. 3484. Comme l'article 3119 C.c.Q. le fait en matière d'assurance.

[419] Il faut avouer que la *Loi sur la protection du consommateur* par son article 19 entretient des relations étranges avec le Code civil en matière de rattachements normatifs. Gérald Goldstein est catégorique. Après avoir suggéré l'abrogation de l'article 19 L.p.c. « puisque le nouveau droit international privé québécois envisage d'une façon très complète le contrat de consommation », il affirme : « En raison [des] difficultés d'interprétation considérables, puisqu'il ne tient pas compte de l'article 3117, nous estimons qu'il est plus que temps d'abroger cet article 19 de la L.P.C.; il a déjà entraîné suffisamment d'insécurité juridique depuis 1977 et d'ailleurs sa politique sous-jacente est dépassée par celle du Code.

En effet, la structure particulière de cet article 3117 C.c.Q. s'explique par un choix en faveur d'une politique internationale de protection relativement libérale, beaucoup plus fine que celle qui s'exprime dans l'article 19 de la L.P.C. » (G. Goldstein, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », *Développements récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 143, aux pp. 169, 170).

La lutte du juriste québécois contre l'article 19 L.p.c. ne date pas de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* : voir G. Goldstein, « L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de G.M.A.C. c. *Arnold* » (1984) 30 R. de D. McGill 143 à la p. 157. Nous avouons partager son point de vue sur ce sujet.

[420] *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1037.

Lorsque la relation présente un élément d'extranéité, la désignation de la loi applicable devient complexe et, par là, moins prévisible. Si le consommateur est étranger, il y a lieu d'appliquer la règle de conflit prévue par l'article 3117 C.c.Q., calqué sur l'article 5 de la Convention de Rome, qui permet aux parties de choisir conventionnellement la loi applicable à leur relation. Cependant, la loi désignée peut être écartée dans certaines circonstances au profit de la loi du consommateur, dans la mesure où le contrat présente des liens avec l'État de sa résidence :

> Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. […][421].

Contrairement à ce qui se passe avec le consommateur local, le juge québécois, face à un consommateur qui réside à l'étranger, donnera effet à la clause de choix de loi, prévue à l'article 3117 C.c.Q. tout en évaluant, au besoin, quelle est la loi la plus apte à protéger les intérêts du consommateur, dans la mesure où le contrat a été conclu dans le pays de résidence de celui-ci[422]. Autrement dit, « la loi

---

[421] Art. 3117 C.c.Q. L'expression « dispositions impératives » est équivalente à « lois d'application immédiate ». À propos de l'article 3079 C.c.Q. (« Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à un disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. […] »), le ministre explique qu'il « permet, dans des limites suffisamment strictes, à des lois d'application immédiate étrangères, qui ne seraient pas désignées par nos règles de conflits, de recevoir application ». (*Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1021).

[422] Telle est la position dominante. Gérald Goldstein la conteste en s'appuyant entre autres sur la version anglaise du texte qui le mène à penser que ce n'est pas la conclusion du contrat qui doit avoir lieu de résidence du consommateur. L'article 3117 C.c.Q. exige plutôt que « *l'offre spéciale ou la publicité et les actes nécessaires à sa conclusion* s'y réalisent ». (« La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec » *supra* note 419 à la p. 165. [Les italiques sont dans le texte original]). Cependant, il admet plus loin que « les rattachements retenus sont la conjonction des éléments menant à la conclusion du contrat au lieu de résidence du consommateur » (*ibid*. à la p. 167).

Il faut reconnaître que la formule adoptée par la Convention de Rome puis par le *Code civil du Québec* n'est pas un exemple de clarté. À ce propos, la recommandation de modification de l'article 5 de la Convention de Rome proposée par le Groupe européen de droit international privé est plus limpide. Il propose que, lors de contrats entre professionnels et consommateurs, la loi désignée ne puisse pas « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat, lorsque le fournisseur connaissait le lieu de cette résidence ou ne l'a ignoré qu'en raison d'une négligence de sa part.

désignée par les parties sera appliquée à moins qu'une "comparaison concrète" ne démontre que la loi de la résidence du consommateur »[423] lui fournit une meilleure protection.

Analysant le projet de Convention de Rome et commentant le fait que le choix de loi effectué par les parties « ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle », un auteur trouvait la « disposition quelque peu ésotérique »[424] et ambiguë puisqu'elle permettait deux interprétations : ou bien, la loi choisie est systématiquement écartée si le consommateur dispose d'une protection législative nationale ou bien, elle ne l'est que dans la mesure où la loi nationale offre plus de protection que la loi désignée. « Dans une interprétation […] raisonnable »[425], c'est cette dernière solution qui doit être privilégiée.

Il convient de noter que l'expression « dispositions impératives de la loi » utilisée tant par le *Code civil du Québec* que par la Convention de Rome, oblige le

---

L'alinéa précédent n'est pas applicable :

a) lorsque le consommateur s'est rendu dans le pays du fournisseur sans y avoir été incité par celui-ci en vue d'y conclure le contrat, ou

b) lorsque le bien ou le service a été ou devait être fourni dans le pays où était situé l'établissement qui a fourni ou devait fournir le bien ou le service, sauf si le consommateur a été incité par le fournisseur à se rendre dans ce pays en vue d'y conclure le contrat. »

(Groupe européen de droit international privé, Compte rendu des séances de travail, Dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000, en ligne : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-10t.html> consulté le 4 mai 2001).

[423] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 726. L'expression « comparaison concrète » est empruntée à Paul Lagarde dans « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », (1991) R.C.D.I.P. 287 à la p. 314.

[424] J. Foyer, *supra* note 406 à la p. 612. Bien qu'elle ne soit plus pertinente en France, la réflexion l'est encore au Québec puisque les termes de l'article 3117 C.c.Q. sont identiques à ceux cités par Jacques Foyer.

[425] *Ibid*. Cependant, est-ce bien « raisonnable » de penser que dans un litige de consommation, où la plupart du temps, les montants en jeu sont relativement peu élevés, le demandeur a les moyens de faire faire des recherches de droit comparé?

Hélène Gaudemet-Tallon estime aussi qu'il faut interpréter l'article 5 de la Convention de Rome comme laissant au juge le soin de déterminer quelle est la loi la plus favorable au consommateur, la sienne ou une autre. Elle reconnaît que l' « on pourrait certes interpréter l'art. 5 § 2 de façon différente, comme établissant une compétence *obligatoire* des dispositions protectrices de la loi de la résidence habituelle, compétence qui irait jusqu'à exclure des dispositions éventuellement encore plus protectrices, d'une autre loi. Cette interprétation est plus simple, mais méconnaît, à notre avis, l'esprit général de l'art. 5. » (*Supra* note 393 à la p. 254, note 150. [Les italiques sont dans le texte original]).

juge saisi à n'appliquer que certaines parties et non l'intégralité de la loi étrangère. Cela complique quelque peu sa tâche puisqu'il est alors

> tenu d'apprécier la nature, l'objet ainsi que les conséquences de l'application ou de la non-application de ces dispositions, afin de déterminer si elles doivent mettre en échec la règle de conflit. Il va également devoir gérer la dualité des lois régissant le contrat. Cela ne va pas sans difficultés, notamment du fait de la méconnaissance des lois étrangères, ou de la complexité à faire coexister des normes ayant chacune leur spécificité[426].

Ainsi donc, le juge pourra être appelé à appliquer deux lois à la fois : celle choisie par les parties et certaines dispositions de celle qui est la plus protectrice pour le consommateur.

Habituellement, on justifie l'application de la loi du consommateur, ou du moins de certaines de ses dispositions, par deux arguments. En premier lieu, il est un sujet faible qui a besoin de protection. De façon quelque peu arbitraire, on suppose que, parmi toutes les lois en présence dans le cas d'un contrat international, sa loi nationale est la plus apte à remplir cette fonction. On constate que les règles décrites ci-dessus n'adhèrent pas aveuglément à ce principe. On avance également que la partie faible ne doit pas risquer d'être en plus soumise à un droit qu'elle ignore. Le principe, voulant donc que le consommateur soit au fait de ses règles nationales, est fort contestable[427].

En fait, sans pour autant nier le besoin de protection du consommateur, on peut présenter le principe sous un autre angle et se demander, dans le fond, si ce n'est pas le commerçant, dans de telles relations, qui a besoin, non pas de protection mais d'assurance. Après tout, l'acte de consommation, même s'il est quotidien pour

---

[426] H. Bureau, *supra* note 307 à la p. 166.

[427] Fausto Pocar traite ce principe de « fausse présomption ». (F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », (1984) V R.C.D.A.I. 339 à la p. 394) et Gérald Goldstein de « présomption irréaliste de connaissances juridiques » du consommateur (« La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », *supra* note 419 à la p. 224).

certains n'est pas une occupation à temps plein pour l'individu, encore moins avec un cocontractant étranger, alors que la vente transnationale à des consommateurs est l'activité continue, régulière et essentielle de certains commerçants. Or les hypothèses prévues par le premier alinéa de l'article 3117 C.c.Q. et d'une partie de l'article 5 de la Convention de Rome mènent toutes à la même conclusion : elles décrivent les unes et les autres des situations où le commerçant s'est déplacé vers la résidence du consommateur, notamment pour le solliciter, ce que l'on traduit en droit européen en disant que le consommateur a alors un rôle passif. Donc, si « l'idée [de l'article 3117 C.c.Q.] est d'appliquer la loi du consommateur, plutôt que celle du commerçant »[428], l'application de cette loi protège le consommateur tout en ayant l'avantage de ne pas « grandement surprendre le commerçant »[429]. On peut d'ailleurs estimer « normal pour le cocontractant du consommateur de prendre connaissance de la législation du lieu de résidence du consommateur »[430] lorsque le premier se rend « chez » le second.

En conclusion, dans la matière qui nous intéresse, la liberté contractuelle est relativement respectée puisqu'on accepte le choix de loi tout en le limitant mais uniquement dans la mesure où le choix « entraîne un résultat fâcheux »[431] pour le consommateur.

On aura compris que cette liberté est totalement respectée, du moins en principe, dès que le consommateur québécois ou européen sort de chez lui. Ainsi,

---

[428] G. Goldstein, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », *supra* note 419 à la p. 149.

[429] *Ibid*. à la p. 165. En ce qui concerne la seconde situation prévue par le premier alinéa de l'article 3117 C.c.Q., soit la réception de la commande au lieu de résidence du consommateur, Gérald Goldstein conclut là aussi que le commerçant « ne devrait pas être surpris par l'intervention » de la loi du consommateur. (*ibid*. à la p. 167)

[430] *Ibid*. à la p. 172.

L'auteur soumet un autre argument qui mérite d'être mentionné. Partant du constat que la liberté contractuelle est le principe général en matière internationale et qu'il doit souffrir le moins d'exceptions possible afin de ne pas entraver l'extension du commerce international, « [e]n exigeant […] les rattachements prévus par l'article 3117, on s'assure que le contrat d'espèce est suffisamment peu internationalisé pour que les importantes limites apportées par cet article à la liberté contractuelle ne heurtent pas ce commerce international ». (*Ibid*. à la p. 165. [Nous soulignons])

[431] *Ibid*. à la p. 173.

lorsqu'un consommateur québécois se rend aux États-Unis, situation fréquente, afin de faire des achats, toutes les règles décrites ci-dessus tombent. Même si c'est assez peu probable, il se pourrait que l'acheteur et le vendeur s'entendent pour faire régir tout litige lié à ces achats par la loi qu'ils désirent et le droit québécois n'y trouverait rien à redire[432].

Le seul cas où le consommateur à l'extérieur de chez lui jouit de la même protection que lorsqu'il demeure sur son territoire, eu égard au choix de loi, est celui où il a été invité ou incité par le commerçant à se rendre dans le pays de ce dernier pour contracter. On constate donc que toutes les situations où la liberté de choix peut être restreinte sont liées à une démarche active du vendeur. Lorsque c'est le consommateur qui provoque la relation ou le contrat international, le principe de la loi d'autonomie est respecté.

2.2 Élection de droit et clause abusive

Nous avons vu qu'une clause d'élection de for pourrait, tant en droit québécois qu'en droit européen, être qualifiée de clause abusive. Le même sort pourrait-il être réservé à la clause de choix de loi? Remarquons en premier lieu que l'annexe de la directive européenne[433] et l'article L.132-1 du Code de la consommation français qui la reproduit ne l'envisagent pas. Cependant, on sait que la liste des clauses pouvant constituer un abus en droit français est « indicative et non exhaustive »[434]. Quant au *Code civil du Québec*, il laisse au juge le soin de déterminer, au cas par cas, ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas[435]. Rappelons également qu'au regard du droit français, seuls les consommateurs sont protégés

---

[432] De façon générale, les contrats de consommation traditionnels et habituels ne contiennent pas fréquemment de clauses de choix de loi. Comme ils sont souvent d'un montant modeste, ils donnent d'ailleurs rarement lieu à des conventions consignées par écrit et élaborées.

[433] *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, *supra* note 179.

[434] Art. L.132-1.

[435] Art. 1437 C.c.Q.

contre les clauses abusives alors que le droit québécois les sanctionne en cas de contrat de consommation ou de contrat d'adhésion.

La réponse, à notre avis, varie en fonction de trois situations possibles. En premier lieu, dans le cas des consommateurs sollicités d'une façon ou d'une autre par le vendeur, il nous semble qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au concept de clause abusive pour écarter la loi désignée. En effet, dans quelle mesure une clause est-elle abusive? Lorsqu'elle « désavantage le consommateur […] d'une manière excessive et déraisonnable »[436]. Or en quoi la désignation d'une loi provoquerait-elle un désavantage, quelles seraient les conséquences néfastes pour le consommateur? Vraisemblablement un manque de protection adéquate. Nous venons de voir que le droit québécois et le droit européen prévoient alors des correctifs, sans qu'il soit nécessaire de passer par d'autres mécanismes.

Les deux autres cas devront, à notre avis, mener à la conclusion qu'en effet, une désignation de loi qui ne convient pas à l'acheteur-consommateur pourrait être déclarée abusive. Il s'agit d'abord du consommateur québécois et du consommateur européen qui se sont déplacés, de leur propre gré, en dehors de chez eux et qui ont effectué des achats à l'étranger. Nous venons de constater que les limitations particulières à la liberté contractuelle ne peuvent s'appliquer à leur situation.

Et finalement l'adhérent québécois, quelle que soit sa qualité, qu'il soit consommateur ou professionnel, pourrait lui aussi invoquer l'article 1437 C.c.Q. pour tenter de faire annuler une clause de choix de loi qui le désavantage. Pour lui, c'est le seul recours possible puisque les dispositions de droit international privé ne lui font aucune place particulière. En outre, comme nous l'avons déjà dit, l'article 3082 C.c.Q. ne lui serait en tant que tel d'aucun secours puisqu'il ne permet pas au juge d'écarter la loi désignée conventionnellement.

---

[436] Art. 1437 al.2 C.c.Q.

3. Effets et efficacité des clauses de rattachement normatif

L'autorité saisie respectera-t-elle le choix des parties, compte tenu des limites que nous avons indiquées précédemment? En raison du principe admis et universellement accepté, une réponse positive semble spontanément s'imposer : « L'existence d'une clause expresse de choix de loi dispense de consulter d'autres éléments. Le juge doit s'en tenir au choix exprimé »[437], ce que traduit parfaitement en droit québécois l'article 3082 C.c.Q.

Il faut toutefois faire état d'une question essentielle. Les débats auxquels elle donne lieu, bien que souvent très théoriques n'en ont pas moins des répercussions pratiques importantes, notamment sur l'effet de la clause et donc sur les attentes des parties. Les contractants sont-ils obligés de désigner un corps de normes étatiques, adoptées par le pouvoir législatif? Peuvent-ils préférer l'application de

> règles qui se forment, s'appliquent, se sanctionnent en dehors, en marge des cadres et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois, qui ne se constituent pas au sein d'une nation, mais d'une ou plusieurs professions ou corporations et, plus largement, d'une communauté internationales des commerçants[438] ?

Selon que la question se pose devant une autorité étatique ou un tribunal arbitrale, elle recevra des réponses différentes.

3.1 Le juge et l'élection de droit

Au Québec, les opinions sont partagées. Patrick Glenn estime que le caractère résolument subjectif des dispositions contenues au Code civil « semble laisser ouverte la possibilité que les parties [puissent] choisir un droit non étatique (la lex mercatoria) ou même adopter une clause excluant l'application de tout droit

---

[437] Voir P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 485.

[438] Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1964 à la p. 402.

étatique (le contrat dit “sans loi”) »[439]. De telles possibilités, ajoute-t-il, sont non seulement respectées de façon implicite par les arbitres mais également parfois de façon « explicite [par les] tribunaux, notamment en France et en Angleterre »[440]. Deux autres auteurs suggèrent une conclusion totalement opposée: « [l]a désignation de la lex mercatoria pour régir le contrat semble être exclue. En effet, en vertu du premier alinéa de l’article 3111, les tribunaux doivent appliquer une *loi* »[441].

Alors qu’aux termes de la Convention de La Haye de 1986, aucun doute n’était possible, le mot « loi » signifiant « droit en vigueur dans un État »[442], la situation est totalement différente avec la Convention de Rome. D’ailleurs, la terminologie utilisée dans ce texte a déclenché un abondant débat doctrinal. Bien qu’émanant de juristes européens et dont les propos s’appuient sur un texte dont la portée est relativement limitée en raison de son champ d’application spatial, ce débat n’en est pas moins intéressant et les principales opinions valent d’être exposées puisque, nous venons de le voir, la question est fondamentalement universelle.

Que signifie « loi »[443]? Pour certains, il ne peut s’agir que d’une loi nationale. Plusieurs exégètes de la Convention de Rome s’entendent en effet pour dire qu’elle a sonné le glas de la *lex mercatoria*. Tous les arguments sont des arguments de texte. La lecture qu’en font François Rigaux et Marc Fallon les mènent à constater que « [l]a Convention de Rome n’exige pas littéralement la condition ici énoncée [soit que la loi choisie par les parties soit obligatoirement une loi étatique]. Elle résulte pourtant indirectement de ses termes »[444]. Pour Antoine Kassis, « [l]e texte ne pouvait pas être plus clair. L’article 4 dispose qu’à défaut de choix par les parties, “le contrat est régi par la *loi du pays* avec lequel il présente les liens les plus étroits”. Cela signifie

---

[439] *Supra* note 377 à la p. 717.

[440] *Ibid*. à la p. 717. Signalons que les tribunaux québécois n’ont pas encore été confrontés à une telle question.

[441] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 871. [Les italiques sont dans le texte original].

[442] Art. 15.

[443] Le texte conventionnel ne donne aucune définition de ce qu’est « la loi choisie par les parties » et le rapport de Mario Giuliano et Paul Lagarde n’en souffle mot. (M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355).

que tout contrat doit être régi par la loi d'un pays et ne peut être régi par une loi autre que la loi d'un pays »[445]. Antoine Kassis insiste en faisant remarquer que « le texte ne s'est pas contenté de parler de "loi", il a voulu enfoncer le clou en parlant de loi d'un pays »[446].

L'éminent juriste, sur cette seule base, déduit que puisque l'article 4 parle expressément de la « loi d'un pays », l'article 3 en parle implicitement lorsqu'il prévoit que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Se fondant toujours sur les termes employés dans la Convention, pour nous en convaincre encore plus, il invoque le troisième paragraphe de l'article 3 qui, lui, comporte le mot « pays ».

Qu'il nous soit permis de présenter quelques objections à ces conclusions. En premier lieu, nous allons reprendre le même type d'arguments que ceux utilisés par Antoine Kassis en examinant justement les termes utilisés. La différence de terminologie utilisée dans l'article 3 et l'article 4 n'est certainement pas fortuite ni anodine, peut-être pas même inutile. Le fait d'accoler dans certains cas au terme « loi » les mots « d'un pays » a certainement une signification. À notre avis, ils apportent une précision ou, plus exactement, une qualification, d'autant plus que l'ajout n'est pas systématique.

Toujours dans le registre des arguments de texte, penchons-nous sur l'article 15[447] : « Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit

---

[444] F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé – Droit positif belge*, Bruxelles, Maison Larcier, 1993 à la p. 521.

[445] *Supra* note 36 à la p. 373. [Les italiques sont dans le texte original].

[446] *Ibid*. aux pp. 373-374. L'auteur estime que la précision n'aurait d'ailleurs pas été indispensable puisque « le terme "loi" [aurait été suffisant] pour qu'on en déduise l'exclusion de la *lex mercatoria*, parce qu'une loi est nécessairement la loi d'un pays, c'est-à-dire une loi étatique. Lorsqu'on entend vouloir appliquer à un contrat international un droit qui ne soit pas nécessairement un droit national mais qui peut être autre chose, on ne parle plus de "loi" mais de "règles de droit" ». (*Ibid*.).

[447] Il est curieux de constater que, alors qu'Antoine Kassis s'attache tant au sens des mots des articles 3 et 4, lorsqu'il aborde la question du renvoi, tout intérêt pour la sémantique a disparu. (Voir *ibid.* aux pp. 479-480.)

international privé »[448]. Si le terme « loi » peut recevoir différentes acceptions, il est en revanche difficile de prétendre que « lorsque » ne veut pas dire « dans les cas où, chaque fois que ». Cette précaution en début d'article permet de déduire que, dans certains cas, la convention pourrait prescrire l'application d'une « loi », autre que celle d'un pays. S'il n'y avait pas eu d'alternative, et que seul le recours à un système législatif national ait été autorisé, une autre formule aurait très bien pu être employée, du type : « Dans le cadre de la présente convention, la loi désignée s'entend des textes législatifs en vigueur dans le pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

En ce qui concerne l'argument fourni à Antoine Kassis par l'article 4, nous pensons qu'il faut s'éloigner de la sémantique pour aborder la réflexion sur un plan plus juridique. À qui s'adresse la Convention? Aux États signataires qui s'engagent à la faire respecter par leur organes, en l'occurrence par leurs tribunaux judiciaires. Or, dans l'état actuel des choses, un juge étatique ne peut, dans le cadre de sa fonction, appliquer de son propre chef d'autres instruments que des textes législatifs, de l'ordre interne ou d'un ordre étranger. En outre, le monde politique et législatif est, jusqu'à maintenant du moins, divisé en pays. Donc, si la question se pose au juge dans un contexte international, il n'y a rien de surprenant ou de décisif à parler de loi d'un « pays » étranger. Nous sommes encore à une époque où la localisation géographique tient une place importante et, parlant du monde réel, l'unité de base en matière de commerce international est bien le territoire souverain délimité par des frontières. D'ailleurs, à notre avis, l'emploi des termes du troisième paragraphe de l'article 3, invoqués au soutien de l'argumentation d'Antoine Kassis, s'explique également par la division du monde en entités souveraines, « étrangères » les unes aux autres.

Pour d'autres juristes, les termes prévoyant le dépeçage laissent voir la possibilité d'application de lois non nationales. Permettre aux parties

---

[448] Nous soulignons.

> d'une part, de décider que les différentes parties de leur contrat seront régies par des lois différentes, d'autre part de choisir une loi sans lien avec le contrat […], implique d'une certaine manière qu'aucune loi ne s'impose entièrement à elles. Il n'y aurait donc qu'un pas à franchir pour leur permettre de décider que le contrat, ou une partie de celui-ci, ne sera soumis à aucune loi[449].

Il faut sous-entendre après les termes « aucune loi » l'adjectif « étatique »[450]. Rappelons que, pour certains, un contrat soumis à la *lex mercatoria* serait assimilable un « contrat sans loi »[451]. La question du contrat sans loi a été largement abordée par la doctrine et il est hors de notre propos ici d'en débattre. Néanmoins, nous nous permettrons quelques remarques.

À l'instar de Jean-Marc Mousseron et de ses collègues, nous estimons que « [d]ans nos États modernes, le "contrat sans loi" est difficile à admettre. L'application d'un corps de règles – à commencer par celles qu'énonce un contrat – suppose son investiture par un droit étatique…qu'il faut désigner »[452]. De plus, la *lex mercatoria* ne vaut pas, de notre point de vue, absence de loi. Il y aurait matière ici à une polémique sur le sens des mots. Que signifie « loi », le terme est-il exclusivement réservé aux dispositions émanant du Parlement, du législateur étatique? D'un point de vue conceptuel, nous nous rallions à la position adoptée par Pierre Mayer et Vincent Heuzé qui, se penchant sur le principe d'autonomie contenu à l'article 3 § 1 de la Convention de Rome, examinent en les distinguant, même si c'est pour finalement

---

[449] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 683.

[450] Voir la suite des propos de l'auteur où il dit notamment que « [l]'affirmation de l'arrêt Messageries maritimes semble dépassée au regard de l'évolution de la pratique. De nombreux contrats, parmi les plus importants, ne contiennent délibérément aucune désignation de loi applicable, sont soumis à arbitrage et invitent les arbitres à appliquer les principes généraux du droit ou les usages du commerce international ». (*Ibid.*)

[451] En prenant l'expression dans son sens large, on peut citer G.-R. Delaume, « Comparative analysis as a baisis of law in State contracts : the myth of the lex mercatoria » (1989) Tul. L. Rev. 575; K. Highet, « The Enigma of the Lex Mercatoria », (1988-1989) 63 Tul. L. Rev. 613; A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J. 1984; P. Lagarde, «Approche critique de la *lex mercatoria*», dans *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, 125. Voir l'excellent panorama européen présenté par F. de Ly, *International business law and lex mercatoria*, New York, Northolland, 1992.

[452] *Supra* note 226 à la p. 74, note 46.

les rejeter, d'une part la possibilité d'un contrat sans loi et d'autre part celle du contrat soumis à des règles non étatiques, en d'autres termes à la *lex mercatoria*[453].

Dans la mesure où l'on accepte la juridicité de la *lex mercatoria*, lorsque les parties y font référence, leur contrat est indiscutablement soumis à un ensemble de règles, de normes et ne se situe donc pas en dehors de toute loi. Par conséquent, le contrat commercial international, régi, selon la volonté des parties par la *lex mercatoria*, a, en quelque sorte, deux amarres juridiques :

> Rattaché à la loi étatique, rattaché au droit de la société internationale des marchands, le contrat international échappe difficilement à l'un et à l'autre et ne se soustrait à l'un que pour tomber sous l'empire de l'autre. De ce chef, l'intitulé du présent exposé recelait cette alternative nécessaire : il ne pouvait être question ici que de "contrat *dit* sans loi"[454].

Finalement, rappelons que les opposants au contrat sans loi et à la *lex mercatoria* ont érigé en maxime la célèbre formule de la cour de cassation française selon laquelle « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »[455]. Or d'une part, on peut penser que si le plus haut tribunal français prend la peine d' accoler au mot « loi » les termes « d'un État », cela peut laisser sous-entendre l'existence d'autres lois que les dispositions étatiques. D'autre part, à notre avis, cette jurisprudence date. Depuis, la Cour de cassation a rendu jugement dans une affaire où elle devait se prononcer sur l'exécution d'une décision arbitrale[456]. Le tribunal arbitral, estimant qu'aucune loi nationale n'avait une vocation particulière à régir le litige qui lui était soumis, a « décidé, compte tenu du caractère international

---

[453] Voir *supra* note 36 aux p. 477-479.

[454] P. Level, « Le contrat dit sans loi », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1964-1966 209 à la p. 213. [Les italiques sont dans le texte original]

[455] Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, (1950) Rev. crit. 609 (note Batiffol), D. 1951.749 (note Hamel), S. 1952.1.1 (note Niboyet), J.C.P. 1950.II.5812 (note J. Ph. Lévy).

[456] Cass. civ. 1re , 9 octobre 1984, *Soc. Pabalk Ticaret Lte Sirketi c. Soc. anon. Norsolor*, D. 1985 101 (note Jean Robert).

du contrat, […] d'appliquer la *lex mercatoria* internationale […] »[457]. La Cour d'appel de Vienne annula la sentence sous prétexte que la *lex mercatoria* constituait un « droit mondial de validité incertaine »[458]. Malgré tout, la société Pabalk, demanderesse à l'arbitrage, a cherché à faire exécuter la sentence en France. Alors que le président du tribunal de grande instance de Paris rend la sentence exécutoire par ordonnance, la société Norsolor y fait opposition et allègue que le tribunal arbitral a statué en amiable compositeur en appliquant la *lex mercatoria* et a donc statué hors des termes du compromis, ce qui fait obstacle à l'*exequatur*. La Cour de cassation ayant rejeté ces arguments, de cet arrêt, « on a tiré l'idée que la lex mercatoria était du droit »[459].

Il y a une dizaine d'années, François Rigaux classait parmi les « quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » celle de la « notion de "loi choisie par les parties" et la référence à d'autres sources de droit que le droit étatique »[460].

Il admettait que si la loi fondamentale, la « loi du contrat » ne peut être que « la loi d'un État, seul ordre juridique en mesure d'offrir aux volontés individuelles le système de droit objectif en dehors duquel ces volontés s'épuiseraient dans une impuissance éphémère »[461], cette constatation ne résolvait cependant pas la question « résultant de la désignation de sources de droit non étatiques »[462]. En d'autres termes, le contrat doit être « enraciné » dans un ordre juridique étatique mais il peut comporter accessoirement, pourrait-on dire, des références à des normes autres que la loi du contrat, ce que « la Convention de Rome [n'] interdit certes

---

457 *Ibid.* à la p. 102.

458 *Ibid.* à la p. 102. Finalement, la Cour suprême autrichienne a cassé la décision de la Cour d'appel.

459 Ph. Kahn, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses » (1992) 37 R.D. McGill 413 à la p. 423.

460 F. Rigaux, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » 1988 Cah. Drt. Europ. 306 à la p. 316.

461 *Ibid*.

462 *Ibid.*

pas »[463]. Cette faculté laissée aux parties inclut notamment celle « de se référer par un “renvoi matériel” à des sources de droit non étatique, qu’il s’agisse de droit international ou de certains usages de la *lex mercatoria* »[464].

Par ailleurs, il faut remarquer que l’article 15 de la Convention définit la loi d’un pays comme « les règles de droit » et non, ce qu’il aurait pu prévoir, comme « les règles promulguées par le législateur national ». Or, Antoine Kassis lui-même écrit que cette expression désigne « autre chose » que le seul droit national[465].

Ces quelques remarques incitent à penser qu’aux termes de la Convention, rien ne s’oppose *réellement* à ce que le contrat puisse être régi par la *lex mercatoria* soit directement, soit par l’intermédiaire d’un ordre juridique qui reconnaît la *lex mercatoria*, soit accessoirement par la technique du renvoi matériel[466].

En somme, et peut-être avec le recul, il serait plus juste de reconnaître que « [t]elle qu’elle est administrée par les tribunaux étatiques, la loi d’autonomie implique que le choix des parties ait pour objet la loi d’un État »[467].

---

[463] *Ibid.* à la p. 319.

[464] *Ibid.* [Nous soulignons].

Par conséquent, bien qu’il ne soit pas un partisan de la *lex mercatoria* en tant qu’ « ordre juridique complet, parallèle aux divers droits étatiques [car elle] est un agrégat d’usages particuliers, propres à un milieu professionnel déterminé, ou contenant des solutions partielles […] sans qu’on puisse lui imputer, avec les précisions requises, le principe fondamental de la force obligatoire des contrats » (*Ibid.* à la p. 318.), François Rigaux admet, contrairement à Antoine Kassis par exemple, que la Convention de Rome ne la proscrit pas totalement des relations contractuelles.

[465] Voir *supra* note 36.

[466] Comme l’écrivait Hélène Gaudemet-Tallon à la fin des années quatre-vingts, « [l]a Convention de Rome ne mettra donc pas un terme aux débats sur la *lex mercatoria* ». (*Supra* note 386 au § 56).

[467] F. Rigaux et M. Fallon, *supra* note 444 à la p. 521. [Nous soulignons]

Ce débat, et la conclusion qui en ressort, portent uniquement sur la désignation des règles applicables *en vertu* de la Convention. Même si cette dernière oblige à s’en référer à une loi étatique, cela ne signifie pas forcément que le différend ne pourra pas être régi par un corps de nomres non étatiques. En effet, il reviendra à l’ordre juridique ainsi désigné en vertu de la Convention d’en décider.

3.2 L'arbitre et l'élection de droit

La nature des normes qu'un arbitre peut appliquer en écho à la volonté des parties ne soulève à vrai dire pas de débats. Un accord se dessine sur le fait que celui-ci respectera le choix effectué par les contractants, qu'il s'agisse d'une loi nationale ou d'un autre corpus normatif, comme la *lex mercatoria*. Bernard Audit constate :

> L'affirmation de l'arrêt *Messageries maritimes* semble dépassée au regard de l'évolution de la pratique. De nombreux contrats, parmi les plus importants […] sont soumis à arbitrage et invitent les arbitres à appliquer les principes généraux du droit ou les usages du commerce international[468].

Deux auteurs font remarquer que l'ensemble du processus ayant sa raison d'être à cause du choix des contractants et l'institution arbitrale étant en grande partie détachée de tout droit national, « l'arbitre peut difficilement remettre en cause le vœu des parties d'exclure tout droit étatique »[469].

Signalons que, dans le cadre de l'arbitrage, l'article 944.10 C.p.c.Q. n'utilise pas le terme « loi ». Son texte indique : « Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées […] », employant ainsi la même expression que le code de procédure civile français[470].

---

[468] *Supra* note 30 à la p. 683. L'arrêt dont il est question est Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *D*. 51.749 n. Hamel. (*Supra* note 455).

Des auteurs anglais font remarquer que les désignations dans les contrats soumis à l'arbitrage peuvent être en quelque sorte panachées : « On se réfère fréquemment aux principes généraux du droit dans les clauses de droit applicable, soit isolément, soit conjointement avec un système de droit national, soit dans la mesure où ils font partie intégrante du droit du commerce international ». (A. Redfern et M. Hunter, *supra* note 13 à la p. 92).

[469] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 478.

[470] Art. 1496 N.c.p.c.f. : « L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. » Il est curieux de constater que le code québécois ne fait pas mention du choix effectué par les parties. Peut-être est-il évident qu'il fait partie de ce qui est « approprié ».

4. Synthèse

Commentant le texte qui, plus tard, allait devenir la Convention de Rome, Jacques Foyer rappelle les débats qu'avait provoqués l'autonomie de la volonté il y a une centaine d'année pour conclure : « [a]ujourd'hui, les cendres de ces controverses semblent bien refroidies »[471]. En effet, il est presque universellement admis que les parties sont libres de faire régir leur relation par la ou les lois de leur choix. Dans les ordres juridiques que nous avons étudiés, le principe est totalement accepté. Comme l'écrit Bernard Audit, « [e]n droit des contrats, la liberté est la règle, la contrainte l'exception »[472] , même si « la règle » n'est pas toujours suivie par les principaux intéressés.

En raison du fait que le principe de liberté contractuelle, laissant aux parties la possibilité de désigner la loi applicable, est fondamental et essentiel en matière de commerce international où il est indiscutablement la règle de principe, il semble soulever moins de problèmes que lorsqu'il intervient en matière de rattachement juridictionnel. Nous avons d'ailleurs pu constater l'efficacité générale de l'élection de droit même si nous avons indiqué quelques situations où son effet n'est pas toujours prévisible ni assuré.

En Europe, où le principe de la liberté accordée aux parties était déjà accepté dans les différents États, il comportait des variations d'un pays à un autre. La Convention de Rome unifie le droit sur cette question, renforçant ainsi l'efficacité de la clause de choix de loi dans l'espace européen. Il est surprenant de constater qu'elle-même s'attribue un « caractère universel »[473], laissant ainsi croire que le texte s'applique « sur toute la surface de la terre »[474]. Il ne faut pas s'y tromper. La Convention ne lie et ne peut lier que les États membres de la Communauté

---

[471] *Supra* note 406 à la p. 595.

[472] *Supra* note 30 à la p. 153.

[473] Art. 2.

[474] *Le nouveau Petit Robert*, 2000, *s.v.* « universel».

européenne. Les règles de conflits qu'elle contient ne sont d'aucune autorité pour un juge extérieur à l'Europe. En tant qu'ensemble de règles de rattachement normatif, la Convention n'a vocation à être appliquée que par les magistrats d'une quinzaine de pays, ce qui est loin d'être universel[475]. En revanche, les règles de droit international privé qu'elle contient peuvent mener à l'application au fond de loi de pays étrangers à la Communauté européenne. C'est le sens qu'elle donne elle-même, par son article 2, à son caractère universel.

Dans les grandes lignes, le droit québécois et le droit européen sont proches : acceptation du principe général de la liberté contractuelle, acceptation du dépeçage, interdiction du renvoi, relative autonomie en ce qui concerne la forme des actes juridiques. De même, l'un et l'autre ont adopté une position très subjectiviste en ce qui concerne la loi désignée par les parties. Sous réserve des questions de fraude évidemment, elles sont libres de choisir n'importe quelle loi, même si elle n'a, en dehors de leur volonté, aucun lien avec la relation.

En revanche, le subjectivisme présente certaines limitations lorsque se pose la question de savoir si la liberté contractuelle est réservée aux contractants internationaux. Nous avons vu que le droit québécois accepte, en termes très clairs, qu'elle puisse s'exercer dans toutes les situations, même locales. Une analyse de la Convention de Rome paraît mener à la même conclusion mais dans les deux cas, nous avons pu constater qu'en fait, la théorie subjectiviste ne trouve son plein épanouissement que dans un cadre objectivement international.

On note une différence importante entre droit québécois et droit européen. Le premier pousse le subjectivisme plus loin que le second en écartant la loi désignée si

---

[475] D'ailleurs, le groupe européen de droit international privé fait une recommandation visant à exprimer plus clairement ce point : « La majorité des membres du Groupe estiment préférable, sous l'angle de la discipline du droit international privé, d'adopter des règles de conflit susceptibles de désigner le droit d'un "pays tiers". Cette expression est préférée à celle de "règle de caractère universel" qu'utilise la Convention de Rome, car celle-ci donne à entendre que l'auteur de ces règles entendrait légiférer pour le monde entier, ce qui dépasserait assurément le champ de ses propres compétences, fût-il un État ou la Communauté. » (Groupe européen de droit international privé, *supra* note 422).

elle invalide l'acte, assurant ainsi la survie du contrat, alors que selon la Convention de Rome, la loi désignée peut l'anéantir totalement.

La liberté contractuelle en matière de rattachement normatif présente, selon nous, deux aspects particulièrement intéressants. Le premier, extrêmement débattu, porte sur la nature des normes désignées par les parties. Sont-elles tenues, au risque de voir leur choix repoussé, de désigner des textes adoptés par le pouvoir législatif? Devant un arbitre, indissociablement lié au droit du commerce international, les parties peuvent invoquer sans risque la *lex mercatoria* ou « les principes généraux du droit ». Devant un tribunal étatique, la réponse est moins évidente et les interprétations varient selon les opinions de chacun[476].

D'autre part, le droit traite-il de façon identique tous les types de contractants en leur accordant la même liberté? En matière de contrats de vente, nous pourrions dire qu'en général le principe est respecté, qu'il s'agisse de contrats entre professionnels ou relevant du droit de la consommation. Cependant, nous avons vu que dans une situation bien circonscrite, soit celle où c'est le commerçant qui prend l'initiative de se lier avec un consommateur en se « déplaçant » chez lui ou en incitant le consommateur à se déplacer, ce dernier ne peut être privé, par une clause de choix de loi, des mesures protectrices de sa loi nationale. Comme l'écrit Patrick Glenn, « [l'] autonomie est limitée non pas de façon générale et objective, mais selon le domaine contractuel en cause »[477].

---

[476] Tous les internationalistes savent que le monde est divisé en partisans et opposants de la *lex mercatoria* qui n'ont pas la même opinion sur sa « juridicité ».

[477] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 716. Le domaine contractuel en cause étant lié aux parties, plus qu'à la matière.

Conclusion du chapitre I

Comme nous le verrons dans le prochain chapitre, les facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires[478] prescrits par les législateurs correspondent habituellement à un lien traduisant une certaine logique entre le contrat, qu'il s'agisse des personnes impliquées ou des opérations en cause, et l'autorité ou la loi désignée. Dans les affaires internes, les éléments factuels permettant d'établir ce lien logique sont généralement peu nombreux et l'un d'entre eux s'impose facilement. Les relations internationales présentant généralement une complexité supérieure, ne serait-ce qu'en raison, souvent, du nombre d'ordres juridiques liés de près ou de loin à la relation contractuelle, la logique est fortement perturbée. Plutôt que d'imposer un rattachement arbitraire – rattachement qui ne sera pas toujours adapté aux besoins des cocontractants – il vaut mieux laisser les contractants choisir l'autorité, étatique ou arbitrale, appelée à les entendre si nécessaire ainsi que la règle de droit qui régira leur contrat. Il ne faut pas s'étonner que la reconnaissance de la liberté ainsi accordée aux contractants ait été érigée en principe au XXe siècle. Cette période correspond à un accroissement des relations commerciales ainsi qu'à une modification des moyens mis en œuvre pour les établir et réaliser les opérations elles-mêmes. Il convenait alors pour le droit de prendre acte de ces changements en supprimant le plus possible les entraves qui risquaient de ralentir les échanges économiques transnationaux.

Nous avons fondé notre étude sur l'examen de quelques ordres juridiques, le droit québécois, le droit français et le droit européen ainsi que sur les textes internationaux pertinents. Nous avons pu constater que si le principe est admis dans les grandes lignes, plusieurs zones d'ombre subsistent, en particulier à ce qui a trait à des éléments essentiels, comme, par exemple, la notion de l'internationalité. De plus, nous avons pu relever des divergences sur plusieurs règles. De ces doutes et ces disparités, on ne peut conclure que la liberté contractuelle assure réellement aux parties ce qu'elles souhaitaient réaliser en la matière, même si dans le registre des

---

[478] Nous serons parfois appelée à qualifier de « résiduels » les facteurs objectifs ou subsidiaires.

relations commerciales internationales, tout est mis en œuvre pour en favoriser l'exercice.

À ce propos, nous ne pouvons passer sous silence l'existence de règles propres au commerce international, sans toutefois se prononcer sur leur valeur, leur admissibilité ou leur reconnaissance en tant que normes « juridiquement » acceptables. Depuis quelques années, des « principes » ont été rédigés, les uns par UNIDROIT, les autres par la Commission pour le droit européen du contrat[479]. Même s'ils présentent des divergences dans leur champ d'application ainsi que dans les matières couvertes, ils présentent cependant un tronc commun qui nous concerne puisque les uns et les autres régissent au minimum les contrats commerciaux internationaux[480]. Nous entendons ici, sans entrer dans des analyses détaillées de ces textes, indiquer la façon dont ils traitent de la liberté contractuelle.

L'importance fondamentale de la marge de manœuvre accordée aux parties en commerce international se traduit par la place que lui réservent ces deux corps de Principes en les plaçant en tête des dispositions[481]. Dans les deux cas, elle est décrite – en termes identiques – très largement, mais également très fondamentalement : « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ». Donc, le rattachement juridictionnel et le rattachement normatif sont laissés à la discrétion des contractants. Les deux ensembles de Principes prévoient que la liberté contractuelle des parties puisse être limitée par « des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »[482].

---

[479] *Supra* note 116.

[480] Les Principes Unidroit sont destinés à être utilisés dans le monde entier, comme ils l'indiquent eux-mêmes, alors que les Principes européens visent le Marché unique européen. Les Principes Unidroit concernent les contrats de commerce, au sens étroit du terme, tandis que les Principes européens ont vocation à s'appliquer à tout contrat en général, incluant les contrats de consommation.

[481] Art. 1.1 P.U. et art. 1:102 P.E.

[482] Art. 1.4. P.U. et art. 1:103 P.E.

Au terme de cette étude sur les facteurs de rattachement issus de la liberté contractuelle, ce qui ressort principalement des divers textes, c'est le clivage que le droit fait entre deux catégories de contractants. Il ne manque jamais de faire une distinction entre les contrats unissant des professionnels ou des commerçants entre eux et ceux impliquant des consommateurs. Cela ne signifie par pour autant que dans ce dernier cas, la liberté des parties soit réduite à néant mais on a pu constater qu'elle est nettement plus encadrée. Cela ne va d'ailleurs pas sans provoquer de difficultés d'où émanent, à notre avis, peu de certitudes. En effet, les questions posées par le contrat de consommation international sont extrêmement complexes et les réponses sont à leur image et souvent imprécises et confuses.

L'exercice de la liberté permet aux parties d'atteindre trois objectifs importants dans le monde commercial, surtout international: prévisibilité, neutralité et adéquation de la norme qui régit le contrat. Pourtant, comme on le constate fréquemment, les contractants ne se prévalent pas souvent de cette possibilité. Dans d'autres cas, le choix effectué est inadmissible, non accepté par l'autorité devant qui ils se présentent. C'est alors à elle que revient la tâche de rechercher les rattachements. Le prochain chapitre étudiera donc les facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires.

Chapitre II. Les facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires

Très fréquemment, les contractants sont silencieux et n'exercent pas leur liberté en matière de rattachements juridictionnels et normatifs. Quelquefois, les contrats sont muets sur l'une des questions, parfois sur les deux. Les propos de Jean-Gabriel Castel sont encore valables une vingtaine d'années plus tard: « La pratique nous démontre que, bien souvent, les contrats se concluent sans que les parties se soucient le moins du monde de leur portée juridique »[483]. Il se peut aussi que le silence reflète le désaccord des contractants sur ce point. Les parties ont souvent déjà tellement d'occasions de discussions sur les éléments fondamentaux de leur opération – qualité de la marchandise, mode et délai de livraison, modalités de paiement, etc. – qu'elles ne veulent pas risquer de faire échouer ou retarder l'entente commerciale sur un point somme toute accessoire pour elles. Il arrive également que les parties aient « employé des formules équivoques ou contradictoires »[484]. En matière juridictionnelle, le choix effectué par les parties n'aura peut-être pas l'efficacité souhaitée. En outre, nous avons signalé la particularité du *Code civil du Québec* qui donne priorité au contrat sur la loi. « Si la loi désignée rend l'acte juridique invalide »[485], le juge devra la mettre de côté et en rechercher une autre, applicable à la situation et qui sauvegarde le contrat.

Dans toutes ces situations, l'autorité saisie devra résoudre les deux questions, celle de sa compétence et celle de la loi applicable en utilisant des facteurs de rattachement indépendants de la volonté des parties. De plus, lorsqu'elle

---

[483] J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 492. Voir également, par exemple, P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 484. Nous pensons que cette lacune provient habituellement d'un manque d'habitude et, il faut bien le dire, d'intérêt sauf dans le cas de contrats complexes ou importants pour lesquels les entreprises font appel aux services de juristes. Toutefois, en règle générale, « beaucoup de contrats internationaux, au moins en France, sont rédigés et négociés dans leur totalité ou dans leur plus grande partie, par des techniciens (ingénieurs ou commerciaux) sans que les juristes soient présents. Au mieux, les techniciens demanderont à leur juriste, une fois la négociation close, de "mettre en forme" le contrat, ou même d' "y jeter un coup d'œil" afin, essentiellement, de se rassurer. » (C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'Unidroit » (1995) 84 Rev. crit. D.I.P. 641 à la p. 653.)

[484] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 484.

aura à se prononcer sur une décision étrangère, l'autorité pourra être appelée, comme c'est le cas au Québec[486], à utiliser des facteurs de rattachement objectifs afin de vérifier la compétence de l'autorité d'où elle émane.

L'exposé des divers facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires montrera leurs faiblesses et leurs forces pour répondre aux besoins des relations commerciales internationales. Suivant le plan suivi précédemment, nous commencerons par ceux qui visent la désignation de l'autorité (section 1) pour ensuite traiter du rattachement normatif (section 2).

Section 1 – Le rattachement juridictionnel

La question du rattachement juridictionnel subsidiaire en faveur d'un tribunal arbitral ne se pose jamais puisque, par essence, sa compétence n'existe qu'en raison de l'exercice de leur liberté par les parties[487]. Si elles n'ont pas souhaité s'en remettre à un arbitre ou si la clause arbitrale est invalide, les tribunaux étatiques seront compétents par défaut en quelque sorte.

On peut classer les facteurs objectifs de rattachement juridictionnel en deux catégories. Les uns sont liés aux personnes elles-mêmes et ne font aucun cas des éléments contractuels (1). Les autres, au contraire, ne s'attachent qu'à l'opération juridique en faisant abstraction de la « localisation »[488] propre aux parties (2).

---

[485] Art. 3112 C.c.Q.

[486] Art. 3164 C.c.Q.

[487] Sauf les exceptions mentionnées ci-dessus à la note 258.

[488] Nous entendons par là le lieu du domicile, de la résidence ou de l'établissement.

1. Les facteurs liés aux personnes

Autant le choix effectué par les parties est le principe en matière de rattachement normatif, autant le domicile du défendeur constitue la règle fondamentale et traditionnelle en matière juridictionnelle. Le principe *actor sequitur forum rei*[489] est naturel : on ne doit pas forcer un justiciable à se défendre loin de chez lui[490].

La règle remonte au droit romain, a été reprise par le droit canonique puis l'ancien droit français et importée en Nouvelle-France. Le *Code civil du Québec* place le domicile du défendeur en tête des dispositions donnant compétence à ses tribunaux dans les actions personnelles à caractère patrimonial ainsi que dans celles établissant la compétence des tribunaux étrangers[491] et ce, autant pour les personnes physiques que morales.

En France, les règles de compétences sont nettement plus complexes qu'au Québec. Un mélange de principes privatistes, mettant l'accent sur les besoins privés, et de principes publicistes, soucieux des intérêts de l'État, se traduit dans l'article 15 du Code civil : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger ». En le suivant à la lettre, il ressort que la nationalité est le critère déterminant[492]. Il faut dire

---

[489] « Celui qui agit en justice suit le tribunal du défendeur » (A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 12.)

[490] La règle ne présente pas un intérêt uniquement pour le citoyen. Selon la conception publiciste de la compétence, « le pouvoir de juridiction est un aspect de l'autorité du souverain (aujourd'hui, de l'État) sur les individus; le souverain a donc un intérêt, serait-il indirect, à connaître de tout litige dans lequel est impliqué l'un de ses ressortissants », l'intérêt de l'État étant à l'origine pécuniaire. (B. Audit, *supra* note 30 à la p. 294.)

[491] Art. 3148 § 1 et 3168 §1 C.c.Q.. En droit international privé québécois, le domicile du défendeur constitue, pour tous les types d'actions, le facteur de rattachement subsidiaire, utilisable à défaut d'autres dispositions (art. 3134 C.c.Q.).

Nous ne sommes pas certaine que le seul domicile du défendeur dans un État X donnerait une compétence acceptable aux tribunaux de cet État dans le cas, par exemple, d'un contrat de vente portant sur des biens en provenance d'un autre lieu et devant être livré dans un pays Y. Le juge québécois pourrait estimer qu'il manque à cette compétence l'élément prévu à l'article 3164 C.c.Q. soit les liens importants entre le litige et le tribunal saisi.

[492] Indépendamment de ses avantages ou inconvénients en tant que facteur de rattachement, il ne faut pas s'étonner que le Québec n'ait jamais retenu ce critère pour fonder une compétence directe, la nationalité québécoise n'existant pas.

qu'à l'époque où le Code civil a été rédigé, nationalité et domicile étaient intimement liés[493]. La nationalité est également le critère retenu par un autre article relatif à la compétence internationale, l'article 14 C.c.f. : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

Les deux articles donnant compétence aux tribunaux français aussi bien lorsque le ressortissant français est défendeur – article 15 C.c.f. – que lorsqu'il est demandeur – article 14 C.c.f. – ne leur laissent aucune place lorsque le litige oppose deux étrangers. Il devint évident que « [l]e développement des relations privées internationales rendait anachroniques les dispositions du Code civil et l'interprétation qui en fut donnée »[494]. Il fallait trouver une façon permettant aux tribunaux français d'être compétents lorsque le litige n'opposait pas deux Français. Ce fut devenu possible par la transposition en matière internationale de la règle interne donnant compétence aux tribunaux du domicile du défendeur[495].

La transposition au plan international des critères de rattachement prévus en matière de compétence territoriale interne forme un ensemble de règles qualifiées maintenant d'« ordinaires », la nationalité ne constituant « plus aujourd'hui qu'un critère *supplémentaire* de compétence »[496].

---

[493] On peut même dire que pendant longtemps, un « Français » désignait la personne domiciliée en France.

[494] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 297.

[495] Le principe a été posé par la Cour de cassation dans le cadre d'une action délictuelle récursoire (Cass. civ., 19 octobre 1959, (1960) Rev. crit. D.I.P. 215 (note Y.L.), D. 1960.37 (note Holleaux)).

[496] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 187 [Les italiques sont dans le texte original]. La Cour de cassation avait rappelé en 1985 que l'article 14 C.c.f. « n'a lieu de s'appliquer que lorsque aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France. » (Cass. civ. 1[ère], 19 novembre 1985, (1986) Rev. crit. D.I.P. 712 (note Y. Lequette), (1986) JDI 719 (note A. Huet), D. 1986, 362 (note Prévault) et Som. comm. 268 (obs. B. Audit), J.C.P. 1987.II.20810 (note P. Courbe)). À l'occasion de cet arrêt, deux auteurs opposent les « *privilèges de juridiction* des articles 14 et 15 du Code civil et [les] règles *ordinaires de compétence* internationale ». (B. Ancel et Y. Lequette, *supra* note 50 à la p. 654. [Les italiques sont dans le texte original]).

Le domicile du défendeur est ainsi devenu la règle de principe par la combinaison des article 42 al. 1 et 43 N.c.p.c.f. Une partie peut ainsi attraire devant un tribunal français son cocontractant, quelle que soit sa nationalité, française ou étrangère, à partir du moment où il est domicilié en France.

Le domicile du défendeur constitue également le facteur de rattachement juridictionnel général en vertu du Règlement européen[497], qui par ailleurs exclut expressément dans les relations communautaires le recours à la nationalité[498]. Étant donné le champ d'application du Règlement, ce domicile s'entend évidemment comme situé dans la Communauté européenne. Par conséquent, l'article 2 ne vise pas une partie citoyenne de l'un des États membres mais qui n'a aucun domicile en Europe.

Le domicile peut soulever des difficultés dans la mesure où, à la différence de la plupart des autres facteurs de rattachement subsidiaires, il n'est pas un élément purement factuel mais relève de la qualification juridique. Chaque juge dont on allègue la compétence sur la base de ce critère sera éventuellement appelé à vérifier si la situation du « domicilié » correspond bien aux conditions énoncées dans son propre ordre juridique[499]. Même s'il n'est pas nécessaire d'entrer ici dans les détails, il convient de souligner d'une part les variations de définitions d'un système à un autre et en outre « l'imprécision de la notion et l'instabilité éventuelle de ses éléments »[500].

Pour la personne morale, fréquemment impliquée dans les litiges commerciaux internationaux, l'article 307 C.c.Q. indique que son domicile se trouve « aux lieu et adresse de son siège », en d'autres termes au lieu où la direction de

---

[497] Art. 2 § 1.

[498] Art. 3 § 2 et annexe I.

[499] Art. 3078 C.c.Q. qui prévoit de façon générale le recours au droit québécois en matière de qualification. En droit européen, le système est différent. Si la partie dont on invoque le domicile est domiciliée dans un État contractant, le juge saisi applique sa propre loi afin de se prononcer sur la question du domicile. Si ce n'est pas le cas, c'est la loi de l'État de la partie qui donnera la réponse au juge saisi. (art. 59 du Règlement européen).

[500] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 124. Sur ces deux aspects, voir, par exemple, cet auteur aux p. 124 et s. Bien qu'il discute de ce point à propos du rattachement du statut personnel, les remarques valent en général.

l'entreprise prend les décisions[501]. Selon le droit français, « [l]e domicile est, en principe, au siège social fixé par les statuts, à moins qu'il ne soit établi que ce siège est une fiction et qu'en réalité les opérations de la société se font toujours ou généralement en un autre lieu »[502]. On note ici la distinction entre siège social statutaire et siège social réel, également prévue par le Règlement européen pour qui le domicile de la personne morale correspond soit au siège statutaire, soit au lieu de l'administration centrale, soit à celui du principal établissement[503].

Sur le plan international, la notion de domicile soulève des difficultés. Au plan interne également, elle n'est pas totalement satisfaisante dans la mesure où l'élément intentionnel est souvent problématique en matière de preuve. D'ailleurs, l'Office de révision du Code civil avait projeté de remplacer la notion de principal établissement, déjà contenue au *Code civil du Bas-Canada* à laquelle il imposait l'élément mental d'intention[504], par celle de résidence habituelle. Selon les termes du projet, « le changement de domicile s'effectue par l'établissement en un autre lieu de la résidence habituelle »[505]. La formule n'a pas été retenue car, surtout dans une situation où la nationalité n'existe pas, il est important de conserver l'élément intellectuel de la notion[506].

La compétence internationale des tribunaux québécois repose maintenant, en plus du domicile du défendeur, sur sa résidence, définie à l'article 77 C.c.Q. Le

---

[501] Le juge Guthrie, de la Cour supérieure, écrit que par l'article 307 C.c.Q., le nouveau droit « "codifie" l'ancienne jurisprudence concernant le domicile de la personne morale. Cependant, il faut remarquer que le législateur a choisi de ne pas codifier la jurisprudence quant à la "résidence" d'une personne morale. L'art. 307 ne dit pas que la personne morale a son domicile et sa résidence aux lieu et adresse de son siège. » (*Spar Aerospace Ltd.* c. *American Mobile Corp.,* [1998] R.J.Q. 2802 (C.S.)).

[502] Commentaire 7 sous art. 102 C.c.f.

[503] Art. 60 du Règlement. L'article 53 de la Convention de Bruxelles ne mentionnait que le siège social.

[504] Art. 79 et 80 C.c.B.-C.

[505] Office de révision du Code civil, *supra* note 405, art. 61.

[506] Voir à ce sujet M. Ouellette, « Livre premier : des personnes » dans *La Réforme du Code civil*, t. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 11 à la p. 63. Toutefois, conscient que le domicile n'était pas adapté à toutes les situations et prenant en considération la mobilité des individus, le codificateur a introduit de nouveaux concepts dans l'ensemble du Code. Outre le domicile, on trouve, entre autres, dans le *Code civil du Québec* la demeure effective, le dernier domicile connu, le lieu où s'exercent les principales activités, la résidence habituelle, la résidence, le principal établissement, l'endroit où la personne se trouve.

codificateur leur accorde de ce point de vue la même importance ce qui élargit la compétence internationale des tribunaux québécois en matière contractuelle, qu'il s'agisse de contrats « ordinaires » ou de contrats de consommation[507]. La résidence ne constitue pas une réelle nouveauté en droit québécois mais transpose les règles internes, prévues à l'article 68 C.p.c.Q., au plan international. Il importe de noter ici que la résidence n'a pas été retenue en tant que telle comme chef de compétence en vertu de l'article 3168 C.c.Q., relatif à la compétence des tribunaux étrangers[508]. En vertu du code de procédure civile français, la résidence constitue également un chef de compétence, « à défaut »[509] de domicile.

Le *Code civil du Québec* innove par rapport au droit antérieur en accordant une place à « l'établissement » pour établir la compétence des tribunaux québécois ainsi que l'indique l'article 3148 al. 2 C.c.Q. Le cas est très circonscrit : il ne vise que les personnes morales – non domiciliées au Québec – et en outre, pour justifier la compétence du tribunal québécois en cas de litige, il doit exister un lien plus substantiel que le seul fait d'être établi car il faut que la contestation porte sur une activité se déroulant ou s'étant déroulée au Québec. Il s'agit donc là d'un facteur de rattachement qui chevauche les deux catégories dont nous avons parlé, prenant en considération à la fois la situation de la personne et des éléments liés à la relation contractuelle. L'article 3168 al. 2 C.c.Q. reprend la même règle, à une nuance de texte près : elle n'est pas limitée aux personnes morales. Dans ce cas, pour Patrick Glenn, le concept d'« établissement s'apparente à celui de la résidence »[510].

Il reste à la jurisprudence de déterminer, faute d'explications dans le *Code civil du Québec*, quelles sont les composantes d'un établissement. Bien que les magistrats n'aient pas été très loquaces sur la question jusqu'à présent, il semble effectivement bien se dessiner un parallèle entre la résidence de la personne

[507] Art. 3148 § 1 et 3149 C.c.Q.

[508] De même, c'est seulement le domicile qui constitue le facteur de rattachement juridictionnel subsidiaire en vertu de l'article 3134 C.c.Q.

[509] Art. 43 N.c.p.c.f.

physique et l'établissement de la personne morale, parallèle exprimé à propos de la loi applicable au litige par les articles 3113 et 3114 C.c.Q.[511]. Dans une affaire de cautionnement pour frais, la Cour supérieure, se fondant sur ces articles ainsi que sur l'article 3083 C.c.Q., conclut qu'au domicile des personnes physiques correspond le siège de la personne morale – soit « le lieu où [elle] a été constituée »[512] – et que ses « succursales et autres établissements […] constituent ses "résidences" »[513].

Le droit français fait aussi une place à l'établissement puisque le « lieu où demeure le défendeur », indiqué par l'article 42 N.c.p.c.f. est défini par l'article 43 N.c.p.c.f., dans le cas d'une personne morale, comme le « lieu où celle-ci est établie ». L'établissement comprend aussi bien le siège social que le « lieu de *l'établissement secondaire* dont l'activité est à l'origine de la demande »[514]. Nous avons eu l'occasion de signaler, à l'occasion de la notion de domicile, que, dans le cas d'une personne morale, aux termes du Règlement européen il peut être situé au lieu du « principal établissement »[515].

En résumé, pour les personnes physiques, le domicile ou la résidence du défendeur au Québec constituent des chefs de compétence directe. Le domicile constitue également un facteur de rattachement en matière de compétence indirecte et la résidence sera également admise au même titre mais seulement dans la mesure où le litige a un lien important avec l'État de ce lieu de résidence[516]. Quant à la personne morale, dans tous les cas où elle est attraite devant le tribunal d'un État qui

---

[510] *Supra* note 377 à la p. 776.

[511] Voir *Spar Aerospace Ltd*. c. *American Mobile Corp., supra* note 501. Voir également *Montréal (Ville de)* c. *Dinasaurium Production inc*., [1999] R.J.Q. 2563 (C.A.Q.).

[512] *Spar Aerospace Ltd*. c. *American Mobile Corp., supra* note 501 au § 21. Le *Code civil du Québec* ne qualifie jamais le « siège » d'une personne morale mais selon Hubert Reid, « siège » est synonyme de « siège social ». (H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001 à la p. 517). Ce « siège » correspondrait à la notion française de « siège statutaire ».

[513] *Spar Aerospace Ltd*. c. *American Mobile Corp., supra* note 501 au § 27. Les tribunaux québécois n'ont pas encore eu l'occasion de définir l'établissement d'une personne physique.

[514] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 189 [Les italiques sont dans le texte original].

[515] Art. 60.

[516] Art. 3164 C.c.Q. Voir ci-dessus à la p. 52.

n'est pas celui de son domicile, la preuve de liens substantiels avec lui devra être faite en plus de son « établissement » dans cet État.

En France, domicile, résidence et établissement peuvent constituer des chefs de compétence indirecte dans la mesure où, selon la jurisprudence *Simitch*, « le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi »[517]. Le principe de proximité est le même que celui prévu à l'article 3164 C.c.Q.

Le projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale a totalement évacué la notion de domicile. Le for général est celui de la résidence du défendeur, le sort du qualificatif « habituel » étant encore en suspens[518]. En ce qui concerne la personne « autre que la personne physique », la Convention fournit quatre chefs de compétence alternatifs pouvant constituer la résidence. Pour ce qui est de la compétence indirecte, la Convention reprend, sans autre exigence, les facteurs de compétence directe.

Pour les contrats de consommation, on ne s'étonnera pas que le projet soit loin de sa forme définitive. Nous avons vu que les clauses d'élection de for font en ce domaine l'objet de nombreuses discussions. Il serait plus juste de dire que tout ce qui touche au contrat de consommation est très loin d'être arrêté puisque l'inclusion même de la matière dans la convention ne fait pas l'unanimité. Dans l'état actuel, le for respecte le principe : le consommateur peut saisir les tribunaux de sa résidence habituelle[519]. Une des restrictions envisagées correspond à la situation que nous avons mentionnée à propos du droit québécois : la règle ne serait applicable que dans la mesure où c'est le cocontractant du consommateur qui s'est « déplacé » vers lui.

---

[517] Cass. civ. 1re, 6 février 1985, (1985) Rev. crit. D.I.P. 369, (1985) JDI 460 (note A. Huet), D. 1985. 469 (note J. Massip) I.R. 497 (obs. B. Audit), (1985) Rev. crit. D.I.P. 243 (chr. Ph. Francescakis).

[518] S*upra* note 127 art. 3. On peut prendre connaissance des débats entourant la qualification de la résidence à la note 17 du document.

[519] Conférence de La Haye de droit international privé, s*upra* note 127 art. 7 § 2.

Parlant de contrats de consommation, il faut justement noter une particularité en droit québécois que l'on retrouve dans le Règlement européen. Si le for du défendeur est le principe général, le for compétent peut également être celui du demandeur lorsque celui-ci est le consommateur[520]. En vertu du droit québécois, si le consommateur est demandeur, quatre options s'offrent à lui[521]. Il peut saisir le tribunal de son domicile ou de sa résidence, par le biais de l'article 3149 C.c.Q., ou celui du domicile ou de l'établissement du commerçant., comme le prévoient les deux premiers paragraphes de l'article 3148 C.c.Q. Il s'agit là aussi bien des règles de compétence directes qu'indirectes comme celles qui permettent au commerçant demandeur d'attraire le consommateur devant les tribunaux de son domicile ou de sa résidence. L'objectif d'un tel éventail est d'élargir la compétence des tribunaux québécois en la matière afin d'assurer une protection accrue au consommateur, d'autant plus qu'il peut éventuellement se prévaloir des autres chefs de rattachement prévus à l'article 3148 C.c.Q.

Aux termes du Règlement européen, les options sont moins nombreuses mais le consommateur demandeur peut aussi exercer un choix, en poursuivant le professionnel soit devant le tribunal de son propre domicile soit devant celui de son cocontractant, comme l'indique le premier alinéa de l'article 16[522]. En revanche, lorsqu'il est poursuivi par le commerçant, le deuxième alinéa oblige celui-ci à saisir uniquement le tribunal du domicile du consommateur.

Les facteurs de rattachement que nous avons passés en revue ci-dessus sont intimement liés aux parties, généralement à l'une d'entre elles, le défendeur. La « tradition millénaire »[523] donnant compétence au tribunal du lieu où l'homme est

---

[520] Art. 3149 C.c.Q. et art. 16 du Règlement européen.

[521] D'autres chefs de compétence peuvent s'appliquer mais ici, nous n'envisageons que les hypothèses fondées sur les facteurs de rattachement objectifs liés aux personnes.

[522] Sur le caractère exceptionnel de la compétence du domicile du demandeur aux termes de la Convention de Bruxelles, voir l'affaire Josi, entendue par la C.J.C.E. (C.J.C.E., 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company S.A.* c. *Universal General Insurance Company*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr>, consulté le 1er mai 2002).

[523] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 776.

« couchant et levant »[524], présentée comme une règle de « droit naturel »[525] repose sur un lien, à l'origine puissant, entre l'individu et le tribunal. En outre, il offre l'avantage de la commodité pour le défendeur qui, dans la situation difficile où il se trouve, ne doit pas en plus subir de dépaysement. Finalement, l'endroit où le défendeur a une attache coïncide la plupart du temps avec le lieu où il possède des biens, ce qui facilite l'exécution de la décision en un seul et même territoire.

Si, autrefois, un seul lien s'imposait spontanément, la propension qu'ont eu les humains à sortir de leur vase clos en a créé d'autres que le droit a reconnus. Raisonnant en termes de proximité intellectuelle, on doit reconnaître qu'en matière contractuelle, l'angle d'observation peut changer. En effet, si les parties sont évidemment essentielles à l'activité contractuelle, les obligations qu'elle leur imposent le sont également. Le contrat en lui-même peut présenter des liens, indépendants des parties qu'il lie, avec certains lieux. Leur étude fera l'objet des prochains développements.

2. Le lieu d'exécution des obligations

Un litige contractuel met en présence des parties liées par des obligations. Les chefs de rattachement étudiés jusqu'à présent étaient centrés sur les sujets de droit. Ceux que nous allons maintenant décrire s'intéressent à l'objet de leur relation.

Le contrat synallagmatique consiste en un échange d'obligations, par exemple, dans le contrat de vente, le transfert de la propriété de biens contre des sommes d'argent. Ces obligations réciproques s'exécutent dans des lieux qui ont donc indéniablement un rapport avec le contrat, même s'ils n'en ont pas avec les

---

[524] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 39.

[525] *Ibid*. à la p. 186.

parties. Il n'est pas exagéré de parler de lien « étroit et significatif »[526] entre le lieu où s'exécutent les obligations et les autorités de ce lieu[527].

À notre avis, le *Code civil du Québec* prévoit en la matière trois qualités de liens, allant du très ténu au plus lâche. La compétence des autorités étrangères relève du premier type. En effet, elle n'est reconnue que lorsque « les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées »[528]. Cela comprend non seulement l'obligation ou les obligations à la base du litige mais également toutes les autres, ce qui manque de réalisme dans les situations internationales, comme il apparaîtra plus loin.

L'article 3148 § 3 se situe à l'autre extrémité du spectre, révélateur d'un lien très lâche entre le tribunal québécois et le litige. Il lui attribue compétence lorsque « l'une des obligations découlant d'un contrat devait […] être exécutée » au Québec. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, en vertu de l'article 68 al. 2 C.p.c.Q. « toute la cause d'action » devait avoir pris naissance au Québec pour asseoir la compétence des tribunaux québécois[529]. L'expression a été largement commentée et soulevait des difficultés factuelles fréquentes, rendant souvent impossible la saisine des tribunaux québécois étant donné le nombre d'éléments qui devaient être réunis pour pouvoir s'en prévaloir. En matière contractuelle, internationale de surcroît, il est fréquent, voire banal – l'inverse serait plutôt l'exception – que le litige mette en jeu divers éléments non réunis en un seul lieu. Comme se le demandait Jean-Gabriel Castel, si « la preuve démontre que le contrat a été passé à l'étranger, alors que sa

---

[526] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 442.

[527] À l'époque médiévale, si les justiciables étaient généralement jugés « chez eux », il existait une exception ayant cours dans le cadre des foires. Celles-ci avaient leur propres juges, ainsi d'ailleurs que leurs propres règles, leurs propres coutumes. Or ces juges étaient exclusivement compétents en matière de contrats conclus au cours des foires, dont l'exécution avait également lieu sur place. Nous voyons ici une « échappatoire » au lien entre le justiciable et son for naturel. S'il y avait certainement des raisons pratiques, on peut aussi avancer qu'il existait des raisons tenant à la matière. On s'éloigne ici du lien avec la personne pour se rapprocher de celui avec le contrat.

[528] Art. 3168 § 4.

[529] Voir le célèbre jugement de la Cour suprême sur un problème de faute à l'occasion de l'exécution d'un contrat *Wabasso Ltd.* c. *National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578.

violation a eu lieu au Québec, peut-on dire que “toute la cause d’action” a pris naissance au Québec? »[530].

Dans l’affaire *Wabasso*, où l’un des principaux problèmes consistait à déterminer si l’action était de nature délictuelle ou contractuelle, la Cour d’appel qui avait choisi cette dernière qualification a estimé que les tribunaux québécois n’étaient pas compétents. Il faut remarquer que, se plaçant sur le terrain contractuel, la majorité de la Cour élude la question de l’article 68 al. 2 C.p.c.Q. En effet, un contrat avait été conclu en Pennsylvanie entre une société américaine et une entreprise québécoise pour l’achat de machines devant être utilisées dans l’usine de cette dernière à Trois-Rivières. Les machines, une fois en opération, ont pris feu en déclenchant un incendie qui a endommagé les installations trifluviennes. Pour la Cour d’appel, la cause d’action était constituée par la faute contractuelle, c’est-à-dire par « l’exécution incomplète du contrat (le manuel d’instructions étant insuffisant) »[531]. Par conséquent, il y avait lieu d’appliquer soit le premier soit le troisième alinéa de l’article 68 C.p.c.Q. attribuant compétence au tribunal du domicile du défendeur ou du lieu de conclusion du contrat, dans les deux cas en l’occurrence, le tribunal de Pennsylvanie[532].

Le projet de Code civil avait prévu donner compétence aux tribunaux du Québec lorsque « la cause d’action a pris naissance au Québec »[533]. La formule était plus adaptée aux litiges contractuels où il « semble que ce qui compte […] soit avant tout l’exécution et non pas l’ensemble de la relation contractuelle »[534].

---

[530] *Supra* note 81 à la p. 687.

[531] *Wabasso Ltd.* c. *National Drying Machinery Co.*, [1979] C.A. 279 à la p. 286.

[532] La Cour suprême a opté pour la qualification délictuelle et n’a donc pas eu à se prononcer sur l’application de l’article 68 al. 2 C.p.c.Q. en matière contractuelle. Toutefois, le juge Chouinard confirme la justesse du raisonnement de la Cour d’appel s’il s’était agi d’un problème contractuel. (*Supra* note 529 au § 10).

[533] Office de révision du Code civil, *supra* note 405 art. 48 § 2.

[534] Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, *Commentaires*, t.2., vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1977 à la p. 1004.

Finalement, la version adoptée maintient dans un même ensemble les délits et les contrats et élargit considérablement la compétence des tribunaux québécois. En effet, en termes de proximité, la justification de la saisine des tribunaux québécois fondée sur la seule existence d'une obligation – et il ne s'agit pas de l'obligation litigieuse – n'est pas évidente.

Entre ces deux extrêmes, se situe le cas où « [u]ne faute a été commise au Québec »[535], ce qui donne compétence à ses tribunaux. Si la disposition est applicable en matière délictuelle, elle l'est également dans le domaine contractuel, la faute consistant en la violation de l'obligation qui devait être exécutée au Québec[536].

Le Règlement européen contient une disposition dont l'esprit s'apparente à la solution médiane du *Code civil du Québec* que nous venons d'évoquer. La règle générale est identique à celle prévue par la Convention de Bruxelles. Sera compétent « le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »[537]. L'article 5 §1 de la Convention de Bruxelles soulevait de nombreuses difficultés, parmi lesquelles la qualification de la matière contractuelle, l'identification de l'obligation à la base du litige et la localisation de son exécution. En particulier sur ce dernier point, la détermination de ce lieu non seulement n'est pas toujours facile d'un point de vue factuel mais encore présente une certaine complexité du point de vue juridique. Comment le juge saisi pouvait-il déterminer « en vertu de la Convention, si le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée, est localisé dans le domaine de sa compétence territoriale? »[538]. Comme l'expression « lieu d'exécution des obligations » fait l'objet d'interprétations nationales divergentes, la Cour de Justice européenne avait indiqué le raisonnement, complexe, qui obligeait le tribunal

---

535 Art. 3148 § 3 C.c.Q.

536 On peut aussi conclure que « le non-respect d'une obligation contractuelle constitue un préjudice » au sens de l'article 3148 § 3 C.c.Q. (*Red Falcon Holdings Ltd.* c. *Yellow Eagle Mining Inc.* (C.S.) Montréal 500-17-004315-985, 1999-04-15, AZ-99021464, J.E. 99-975, REJB 1999-12194, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>).

537 Art. 5 §1 a).

« à résoudre un conflit de loi pour se prononcer sur sa propre compétence »[539]. En effet, le juge saisi devait « déterminer, en vertu de ses propres règles de conflit, quelle [était] la loi applicable au rapport juridique en cause et définir, conformément à cette loi, le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle litigieuse ». La Cour ajoutait que « ceci est d'autant plus vrai que la détermination du lieu d'exécution des obligations est tributaire du contexte contractuel auquel ces obligations appartiennent »[540].

La question risquait de se poser de façon aiguë lorsque l'obligation litigieuse était le paiement. Pour certains ordres juridiques, comme en France et au Québec, il est quérable donc doit être exécuté au domicile du débiteur[541] alors que pour d'autres il est portable, donc doit être effectué « chez » le créancier, comme le prévoit la Convention de Vienne[542].

Bien que le Règlement européen ait maintenu la règle en dépit des difficultés qu'elle entraîne, il consacre à la vente de marchandises disposition spécifique, « preuve de réalisme à la fois économique et juridique »[543]. Économique car la vente est « le contrat le plus fréquemment conclu dans le commerce international où la part des biens matériels l'emporte de loin sur celle des services »[544] et juridique car, « en cette matière, les règles de conflit de lois ne sont pas unitaires parmi les États membres alors que le droit matériel est largement unifié »[545].

---

538 C.J.C.E., 6 octobre 1976, affaire 12-76, *Industrie Tessili Italiano Como c. Dunlop AG.,* en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61976J0012> (consulté le 24 novembre 2001).

539 B. Audit, *supra* note 30 à la p. 445.

540 C.J.C.E., 6 octobre 1976, *supra* note 538.

541 Art. 1247 C.c.f. et 1566 C.c.Q.

542 Art. 57, repris par les Principes Unidroit à l'article 6.1.6 § 1. a) et les Principes européens à l'article 2.106 (1) a). Donc en France et au Québec si le contrat est une vente internationale de marchandises, la règle nationale est renversée.

543 J.-P. Beraudo, *supra* note 177 à la p. 1042.

544 *Ibid*.

545 *Ibid*.

L'article 5 § 1 b) fixe le lieu d'exécution de l'obligation dans le cas d'une vente de marchandises. Il s'agit du « lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ». Il n'est pas sûr que la nouvelle disposition entraîne moins de problèmes que celle qui l'a précédée[546]. En premier lieu, comme le fait remarquer Jean-Paul Béraudo, « [l]a fiction ainsi édictée prêtera à sourire lorsque la matière litigieuse sera sans rapport avec la livraison »[547], par exemple lorsqu'elle concernera le paiement. D'autre part, « le sens de l'expression "en vertu du contrat" n'est pas évident »[548]. En particulier en cas d'absence de désignation contractuelle du lieu d'exécution[549], il y a tout lieu de croire que les tribunaux devront encore recourir à la règle indiquée dans la jurisprudence *Tessili*[550].

En outre, à quelle notion juridique la livraison des marchandises fait-elle référence? S'agit-il « uniquement [de] la remise matérielle de la chose ou faut-il [y] inclure le transfert de propriété? »[551]. Dans douze des États de la Communauté européenne, la réponse est donnée par l'article 31 de la Convention de Vienne dont les différentes options mènent toutes à localiser la livraison dans les locaux du vendeur[552], ce qui revient donc à appliquer la doctrine de la prestation caractéristique. Si les parties ne souhaitent pas être soumises à la compétence du tribunal du lieu de livraison du bien, il leur suffit de fixer conventionnellement un autre lieu, comme les y autorise le début de l'alinéa b) de l'article 5 §1.

---

[546] Pour Vincent Heuzé, le nouveau texte constitue « tout au plus un petit bricolage qui ne se donne pas d'autre ambition que de proposer quelques remèdes » aux difficultés engendrées par l'article 5 de la Convention de Bruxelles. (V. Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » (2000) 4 Rev. crit. dr. internat. privé 595 à la p. 623).

[547] *Supra* note 177 à la p. 1044.

[548] G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, *supra* note 94 à la p. 635.

[549] Lorsque les parties ont désigné par une clause le lieu d'exécution, le principe suivi en vertu de la Convention de Bruxelles vaut encore : « il avait été admis que cette désignation suffisait et qu'il n'était alors pas nécessaire de rechercher la loi applicable à l'obligation ». (*Ibid*.)

[550] Sur ce point, voir *ibid*.

[551] J.-P. Beraudo, *supra* note 177 à la p. 1044.

[552] En pratique, l'usage habituel des Incoterms influence indirectement la détermination du tribunal compétent puisque grâce à eux, les parties déterminent le lieu de livraison.

Pour d'autres difficultés soulevées par l'article 5 du Règlement, voir notamment *ibid*. et V. Heuzé, *supra* note 546.

Il faut remarquer que la prescription particulière à la vente ne trouve application que lorsque la livraison a lieu dans un État membre. Si ce n'est pas le cas, l'article 5 § 1 c) renvoie à la règle générale concernant les contrats[553] et dont « l'irréductible mystère »[554] est loin d'être éclairci.

3. Le cas particulier du for de nécessité

Il convient, en terminant sur les rattachements juridictionnels objectifs, de mentionner l'existence d'une règle codifiée en droit québécois, même si elle se situe un peu en marge des précédentes. Il s'agit du for de nécessité : « Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec »[555].

L'article s'inspire de l'article 3 de la *Loi fédérale sur le droit international privé suisse* de 1987[556]. Il nous semble intéressant d'en reproduire ici le texte afin de le comparer à la disposition québécoise : « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes ». En droit suisse, il est clair que la règle du for de nécessité investit le tribunal d'une compétence qu'il n'aurait pas autrement. En va-t-il de même en droit québécois? Nous ne pouvons en être sûre en raison des termes choisis par le codificateur. Ils incitent en effet à penser que le tribunal est autorisé à entendre les

---

[553] Art. 5 § 1 a). Voir ci-dessus à la p. 161.

[554] V. Heuzé, *supra* note 546 à la p. 602.

[555] Art. 3136 C.c.Q.

[556] En ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/a3.html> (consulté le 25 novembre 2001).

parties *malgré* son incompétence. On peut se demander pourquoi au lieu d'attribuer clairement compétence au tribunal québécois, il a préféré lui permettre d' « entendre le litige », formule en elle-même vide de sens juridique et qu'il n'a utilisée nulle part ailleurs. Par exemple, le texte dont la vocation première vise les mineurs et leurs biens se lit comme suit : « En cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, les autorités québécoises sont compétentes pour prendre les mesures qu'elles estiment nécessaires à la protection d'une personne qui se trouve au Québec ou à la protection de ses biens s'ils y sont situés »[557]. Cette disposition reçoit application à certaines conditions; entre autres, « le tribunal québécois doit être normalement incompétent »[558].

Certes, normalement, lorsqu'une autorité, qu'elle soit judiciaire ou administrative, entend un litige, c'est qu'elle a été investie d'une compétence légale. Est-ce que le seul fait d'autoriser le tribunal à « entendre le litige » lui confère alors une « réelle » compétence, exceptionnelle, en quelque sorte *ad hoc*? Si tel est le cas, pourquoi une telle retenue de la part du codificateur québécois? Son choix terminologique ne manque pas de laisser perplexe même s'il semble évident, à la lecture de certains travaux, que le tribunal acquiert ainsi compétence[559]. À notre avis, personne n'a encore donné un sens clair à la formule, la question n'ayant jamais été posée en tant que telle. Dans le jugement qui, jusqu'à présent, a traité le plus largement de l'article 3136 C.c.Q., la Cour d'appel démontre une certaine réticence à parler de « compétence » attribuée au tribunal : « Selon ses sources législatives, cette disposition représente plutôt une exception étroite aux règles normales de compétence. Elle ne vise pas à permettre au tribunal québécois de s'approprier une

---

[557] Art. 3140 C.c.Q. [Nous soulignons]

[558] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 906.

[559] Voir P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 744; J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 906. Signalons qu'aucun de ces auteurs ne fait mention de l'ambiguïté que nous relevons.

compétence qu'il ne posséderait pas autrement. Elle veut régler certains problèmes d'accès à la justice […] »[560].

D'ailleurs, quelle serait l'efficacité, au plan international, du jugement d'un tribunal non compétent? Pourtant, même les auteurs pour qui la compétence ainsi conférée ne fait pas de doute sont sceptiques : « [i]l est possible qu'une décision rendue par un tribunal québécois sur la base de l'article [3136] ne sera pas reconnue à l'étranger »[561].

Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'article 3136 C.c.Q. n'a jamais été appliqué par un tribunal, ce qui ne signifie pas qu'il n'ait pas été plaidé. Les quelques causes qui le mentionnent, pour l'écarter, permettent de dégager les situations dans lesquelles il serait justifié. Il semble, en premier lieu, qu'il pourrait viser n'importe quel type d'action, familiale, contractuelle ou autre. D'autre part, il faut que l'impossibilité de saisir le tribunal étranger soit sérieuse et risque d'aboutir à un déni de justice. Il s'agit d'un forum de nécessité et non de simple convenance, même si certains l'appellent la règle du *forum conveniens*[562]. Dans l'affaire *Lamborghini*, où, rappelons-le[563], les parties avaient conclu une clause d'élection de for valide en faveur des tribunaux italiens, le demandeur a invoqué plusieurs arguments pour tenter de convaincre, sans succès, les tribunaux québécois de leur compétence. Répondant à celui fondé sur l'article 3136 C.c.Q., le juge LeBel écrit :

> Les coûts et les inconvénients relatifs à un procès en Italie n'en justifient pas l'application. L'Italie possède, comme le Canada, un système juridique rattaché à la tradition occidentale. On n'a même pas tenté de plaider que ce forum ne permettrait pas une audition conforme aux règles fondamentales du droit ou de la procédure. Une telle chose étonnerait d'ailleurs lorsque l'on connaît

---

[560] *Lamborghini (Canada) Inc.* c. *Automobili Lamborghini S.P.A.*, (C.A.Q.) *supra* note 67 au § 44. [Nous soulignons]

[561] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 903.

[562] *JS Finance Canada* c. *JS Holding SA*, *supra* note 201.

[563] Voir ci-dessus à la p. 26 et *supra* note 67.

> la longue tradition juridique de l'Italie et son rôle comme source de bien des éléments des droits occidentaux. On se trouve, en réalité, devant l'inquiétude d'un plaideur qui, fort légitimement, estime que sa position tactique sera affaiblie s'il lui faut aller plaider devant le tribunal italien. Ce souci ne suffit pas pour obtenir l'application de l'article 3136 C.c.Q. et le premier juge l'a écartée à bon droit[564].

En ce qui concerne l'impossibilité, outre les cas où « l'administration de la justice est corrompue ou les frais de procédure sont exorbitants », des auteurs mentionnent le cas où « un tribunal a déclaré nulle une clause d'élection de for »[565].

Une autre exigence veut que le litige « présente un lien suffisant avec le Québec ». Il y a tout lieu de croire que le lien peut porter autant sur les personnes que sur les éléments de l'affaire. On parle de lien suffisant et non important ou étroit. Ainsi, la simple présence d' « un plaideur qui se trouve dans le territoire québécois »[566] ou la « résidence temporaire de l'une des parties »[567] suffiraient.

En fait, l'application de la règle du for de nécessité devrait être exceptionnelle et rare dans la mesure où les règles de rattachement juridictionnel prévues par le Code civil couvrent un vaste champ de domaines et de matières permettant aux tribunaux du Québec de se reconnaître compétents dans une large gamme de situations.

Le même principe existe en France; toutefois, il a presque un intérêt historique dans la mesure où il ne semble plus être indispensable. Bernard Audit explique en effet qu'il « a principalement été invoqué à l'époque du principe de l'incompétence dans les litiges entre étrangers […]. Il l'a été également depuis cette

---

[564] *Ibid.* au § 47. La même conclusion a été reprise dans *JS Finance Canada* c. *JS Holding SA*, *supra* note 201.

[565] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 903.

[566] *Lamborghini (Canada) Inc.* c. *Automobili Lamborghini S.P.A.*, (C.A.Q.) *supra* note 67 au §44.

[567] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 902.

époque, mais dans des conditions assez peu convaincantes. Plus que jamais, il a un caractère résiduel »[568].

4. Synthèse

Face au silence des parties, le tribunal étatique, et lui seul, peut établir sa compétence ou celle des autorités étrangères grâce à des éléments objectifs, contenus dans ses règles de droit international privé.

Les éléments à la disposition du juge traduisent un lien entre le tribunal et certaines composantes de l'affaire dont il est saisi. Ainsi, on peut classer les facteurs de rattachement en deux catégories, ceux concernant les personnes impliquées, les autres reposant sur les obligations contractuelles. La qualité du lien diffère selon les ordres juridiques et selon les circonstances, allant du très ténu au plus lâche. Cela a pour effet d'accorder aux tribunaux une compétence internationale très large dans quelques cas alors qu'à l'inverse, dans d'autres, elle est tellement circonscrite que l'on peut se demander si la règle est efficace.

Malgré tout, en matière contractuelle, le choix laissé aux tribunaux est relativement limité. La première catégorie de chefs de rattachement tient compte de la localisation des parties au moment où la procédure judiciaire est instituée, allant du domicile jusqu'à la simple présence mais ce, dans des cas très exceptionnels. Quant à la seconde, elle prend en considération la localisation d'un seul élément contractuel, l'exécution des obligations.

Nous avons pu constater que malgré cette apparente simplicité, l'application de ces deux types de facteurs de rattachement soulève de nombreux problèmes. Il

---

[568] *Supra* note 30 à la p. 315.

nous semble cependant qu'en France et en Europe, en raison du Règlement européen, les facteurs de rattachement juridictionnel mènent plus assurément à la saisine des tribunaux désignés qu'au Québec. En effet, ici, plane toujours la « menace » du *forum non conveniens*, menace puisqu'il s'oppose à « une grande certitude pour les justiciables et une prévisibilité quasi totale »[569].

Ce danger risque-t-il de s'étendre si le projet de Convention de La Haye est adopté dans sa forme actuelle? Parlant d'elle, on note quelques différences entre le principe adopté en droit québécois et celui prévu par la Convention. Nous en relèverons rapidement quatre qui nous semblent particulièrement intéressantes. La première, importante, est qu'aux termes du *Code civil du Québec*, le tribunal convaincu qu'il n'est pas le *for conveniens* décline sa compétence, autrement dit s'en défait définitivement. Selon le projet européen, il ne la perdrait pas mais refuserait de statuer. Le fait de surseoir lui permettrait au besoin de se ressaisir du dossier[570].

Deuxièmement, l'exception de *forum non conveniens* applicable dans toutes les situations au Québec est interdite dans certains cas aux termes du projet. Nous avons vu qu'ici elle ne peut être invoquée à l'encontre d'une clause d'élection de for ni dans le cadre d'un contrat de consommation.

Troisièmement, la demande doit respecter un certain délai puisqu'elle « doit être présentée au plus tard au moment de la première défense au fond » (article 22 §1.) alors qu'au Québec elle peut être soulevée en tout état de cause.

---

[569] Conférence de La Haye de droit international privé, *supra* note 51.

Pour une critique de la pertinence du principe dans un système civiliste, voir S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, *supra* note 121.

[570] Art. 22 § 5 *b*).

Nous devons signaler deux décisions québécoises, rendues peu après l'entrée en vigueur des nouvelles règles de droit international privé où les juges ont préféré surseoir plutôt que décliner définitivement leur compétence : *United Colors & Chemicals International Inc.* c. *Carmichael Ltd.*, *supra* note 126 et *Czajka* c. *Life Investors Insurance Co. of America*, [1994] R.J.Q. 2218, J.E. 94-1344 (C.S.).

Enfin, avant de se dessaisir, le tribunal doit s'assurer qu'il existe un autre for *compétent*, exigence non prévue au *Code civil du Québec*.

Cet encadrement plus strict de l'exception la rend peut-être moins « dangereuse » que la règle québécoise. Toutefois, nous persistons à nous interroger sur son utilité réelle, même si elle est utilisée exceptionnellement, dans un système qui contient des règles précises et variées de rattachement juridictionnel. Les facteurs de rattachement juridictionnel ne sont pas le fruit du hasard mais traduisent au contraire un lien entre le litige et le tribunal, rendant celui-ci par essence « approprié » ou « à même de trancher le litige ». Par conséquent, à notre avis, le plus grand risque n'est pas réellement de priver un tribunal de sa compétence, même momentanément, puisque justement au regard des règles auxquelles le principe s'oppose, il a peu de chances de s'imposer. On peut plutôt craindre que cette possibilité de contestation offerte aux plaideurs n'engorge inutilement les tribunaux et retarde indûment le règlement des litiges, faisant ainsi augmenter pour les parties tous les inconvénients, psychiques et financiers, que représentent habituellement des procès.

Une fois l'autorité enfin saisie, il reste une question d'importance à résoudre, celle de la désignation de la loi qui sera appliquée pour résoudre le litige. Là encore, elle devra parfois se livrer à une recherche objective. Nous allons maintenant passer à la description des instruments dont elle dispose.

Section 2 – Le rattachement normatif

Nous avons mentionné que dans le cadre d'un arbitrage, la recherche par l'arbitre de rattachements subsidiaires pouvant lui attribuer compétence est par définition impossible. Il en va autrement en matière de rattachement normatif puisque l'arbitre peut fort bien être confronté à des contractants n'ayant pas exprimé de choix

en la matière. Or, les outils que peut utiliser l'arbitre afin de déterminer la norme qui va résoudre le litige ne relèvent pas forcément du même registre que ceux dont disposent les autorités étatiques.

Le juge saisi d'un litige commercial international est bien évidemment tenu de puiser dans son système juridique national les normes qu'il va utiliser. C'est la *lex fori* qui lui indique les rattachements. En revanche, l'arbitre est par essence un juge indépendant, qui n'est lié à aucun système juridique étatique et qui n'a donc pas de *lex fori*. Lorsqu'il entend un litige international, en cas de silence des parties sur la question de la loi applicable, il ne peut donc recourir à « sa » législation nationale pour y trouver un facteur de rattachement.

Puisque la recherche objective de la loi applicable ne se fonde pas sur la même logique, nous la traiterons de façon distincte, en commençant par étudier la méthode utilisée par les arbitres (2.1) pour ensuite indiquer les facteurs de rattachement dont peuvent disposer les autorités étatiques (2.2).

1. Le rattachement normatif subsidiaire dans le cadre de l'arbitrage

Il arrive que les parties aient désigné l'arbitrage comme mode de règlement des litiges mais qu'elles se soient abstenues en ce qui concerne le droit applicable et ce, aussi bien lors de la rédaction de la convention d'arbitrage qu'au début des procédures arbitrales. Deux auteurs estiment alors la « situation délicate »[571]. En outre ce mutisme comporte des risques, en termes d'insécurité, pour les parties :

> Si les parties ne disent rien de la loi applicable à leur différend (normalement la loi du contrat), les arbitres jouissent d'une liberté presque totale pour choisir la loi, quelle qu'elle soit, qu'ils jugeront

[571] A. Redfern et M. Hunter, *supra* note 13 à la p. 101.

> applicable en l'espèce, et ils sont normalement tenus de faire jouer les principes généraux du droit commercial international, les usages commerciaux et toute norme similaire, ce qui rend l'issue du problème de conflit de lois beaucoup moins prévisible[572].

Berthold Goldman présente la situation en ces termes : « [l]orsqu'un litige "international" […] est jugé par des arbitres, qui n'exercent pas un pouvoir juridictionnel au nom de l'État, l'application d'un système étatique de solution de conflits ne s'impose plus du tout avec la même évidence que lorsqu'il est porté devant une juridiction elle-même étatique »[573]. Quelle « méthode », selon le terme employé par des auteurs français,[574] les arbitres vont-ils donc utiliser lorsque les parties ont été silencieuses? Le principe en la matière est celui de leur liberté.

Les arbitres jouissent d'une grande latitude pour utiliser les rattachements normatifs qui leur semblent les mieux adaptés au cas qui leur est soumis, comme le prévoit la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial*: « [...] à défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce »[575]. Pour René David, cette « formule un peu alambiquée [signifie] que les arbitres doivent faire application, quant au fond, de la loi qu'il leur paraît le plus raisonnable d'appliquer, étant donné les circonstances de l'espèce »[576]. Avec respect, il nous semble que cette disposition conventionnelle n'évoque pas tant le caractère raisonnable de la règle applicable au fond que celui de la règle de rattachement à utiliser[577]. Autrement dit, en cas de silence des parties, l'arbitre devra se demander s'il est plus pertinent

---

[572] C. Kessedjian, «Contrôle judiciaire des élections de for inappropriées», Sokol Colloquium, Charlottesville (U.S.A.), 1996, *supra* note 51 annexe II.

[573] B. Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé » (1963) R.C.A.D.I. 347 à la p. 364.

[574] Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *supra* note 329 à la p. 880 et s.

[575] *Supra* note 318 art. VII. On retrouvait le même principe à l'article 13 § 3 du Règlement d'arbitrage de la C.C.I. dans sa version de 1988, exprimé dans des termes identiques. (« Règlement d'arbitrage de la CCI. Nouveau Règlement de Conciliation et Règlement d'Arbitrage modifié. En vigueur à dater du 1[er] janvier 1988 », dans A. Prujiner, *supra* note 96 à la p. 551).

[576] *Supra* note 225 aux pp. 474-475.

[577] Voir la version anglaise: « *Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable*. »

d'appliquer les règles de droit international privé de tel ordre juridique ou de tel autre afin de déterminer le droit applicable au fond du problème.

Le principe, sous une forme moins ambiguë, a été repris par la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[578]. On peut lire à l'article 28-2 qu'en cas de silence des parties, « le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce »[579].

Selon René David, on pourrait également soutenir que c'est dans la loi du lieu de l'arbitrage que l'arbitre va trouver les règles de rattachement car « la justice ne peut être rendue dans un État que par une concession gracieuse de cet État »[580]. Toutefois, cette position est de plus en plus abandonnée – elle est même qualifiée d' « anachronique »[581] – et les arbitres eux-mêmes estiment ne pas être liés par les règles de rattachement du lieu où ils siègent[582].

Les arbitres peuvent préférer une autre voie, plus directe, écartant tout recours aux « conflits de lois ». Ainsi, dans une affaire opposant une société de droit turc établie en Turquie et une société française, les parties étaient liées par un contrat de représentation commerciale. Même si la convention comportait uniquement une clause compromissoire en faveur de l'arbitrage C.C.I., ce qui aurait dû déclencher l'application de l'article 13 et obliger l'arbitre à utiliser une règles de conflit, il semble que le tribunal arbitral ait directement recherché les règles de droit applicables :

> Après diverses considérations pouvant militer soit en faveur de la loi turque, comme celle du lieu d'exécution du mandat, ou la loi française comme étant celle du mandant, du fait notamment du

---

578 *Supra* note 239.

579 En ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/index.htm> (consulté le 16 décembre 1999).

580 *Supra* note 225 à la p. 471.

581 A. Redfern et M. Hunter, *supra* note 13 à la p. 105.

582 Voir, par exemple, la sentence rendue dans l'affaire *Sapphire International Petroleum Limited* c. *The National Iranian Oil Company* (1964) 13 I.C.L.Q. 1011 et la sentence CCI no 1250, (1980) V Yearbook Commercial Arbitration à la p. 168.

> caractère ducroire du mandataire, ou encore la loi d'autonomie comme étant celle du lieu mal discernable de la localisation du contrat, la sentence les a écartées toutes, du fait qu'aucune ne paraissait s'imposer avec assez de force[583].

Du coup, « [l]e tribunal arbitral a […] décidé, compte tenu du caractère international du contrat, d'écarter toute législation spécifique et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale »[584].

D'ailleurs, René David admet que le mécanisme même du rattachement n'a pas sa place en arbitrage. Lorsque le contrat est muet sur la question de la loi applicable, c'est que les parties « ont entendu laisser aux arbitres le soin de décider quel droit national il est, dans l'espèce, le plus raisonnable d'appliquer, sans qu'ils aient pour résoudre cette question à se référer à un système national quelconque de conflit de loi »[585]. Le procédé est proche de celui prôné par la méthode anti-conflictualiste américaine en vertu de laquelle, « une situation internationale doit être réglementée sur la base de celle, parmi les normes matérielles potentiellement applicables, qui apparaît la plus satisfaisante du point de vue du résultat qu'elle atteint *in concreto* »[586]. Le point commun entre les deux méthodes est que l'autorité n'utilise pas un procédé indirect de rattachement mais recourt directement à des normes substantielles, dans le premier cas en raison de leur proximité avec le litige, dans le second en raison de leur contenu même.

C'est une détermination directe que commande maintenant l'article 17 du règlement d'arbitrage de la C.C.I., en vigueur depuis le 1er janvier 1998, qui délaisse toute référence aux règles de conflits : « 1. Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de

---

[583] Cass. civ. 1re, 9 octobre 1984, *supra* note 456 aux pp. 101-102.

[584] *Ibid.* à la p. 102.

[585] *Supra* note 225 à la p. 472.

[586] P. Lalive, *supra* note 7 à la p. 360.

choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées »[587].

Un autre raisonnement est parfois adopté par les Anglo-saxons : en désignant le pays de l'arbitrage, les parties auraient implicitement désigné la loi de ce pays pour régir le fond du litige. On retrouve ici la maxime, très suivie en droit anglais, *qui eligit judicem eligit jus*[588]. Pourtant, le lien ne s'impose pas toujours, du moins dans l'esprit des parties. Le choix du lieu de l'arbitrage est souvent dicté par des besoins pratiques ou en raison de sa neutralité, en dehors de toute considération juridique ou normative. Le lieu de l'arbitrage n'est plus généralement utilisé comme facteur de rattachement objectif, même si les arbitres peuvent encore en tenir compte parmi un faisceau d'indices[589].

En pratique, donc, il est fortement recommandé de conseiller aux parties qui veulent éventuellement avoir recours à l'arbitrage d'inclure impérativement une clause de choix de loi car, en cas de silence, « on ne sait pas bien quel système de conflit de lois l'arbitre prendra en considération pour déterminer quel droit national il

---

[587] Règlement d'arbitrage de la C.C.I., ICC Publication No 581, en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/03/fr/F_7053.htm> (consulté le 15 octobre 2002). On retrouve la même référence directe au droit applicable dans le règlement de la L.C.I.A, à l'article 22.3 (L.C.I.A. Arbitration Rules, adopted to take effect from 1 January 1998, en ligne : <http://www.jus.uio.no/lm/lcia.arbitration.rules.1998/>, consulté le 15 octobre 2002) et à l'article 28 du règlement du A.A.A. (American Arbitration Association, International Arbitration Rules As Amended and Effective November 1, 2001, en ligne : <http://www.adr.org/index2.1.jsp?JSPssid=15747&JSPaid=37504>, consulté le 15 octobre 2002).

La Chambre de commerce de Stockholm possède son propre institut d'arbitrage. Le règlement de celui-ci ne comporte expressément aucune disposition concernant la loi applicable par l'arbitre mais son article premier indique que l'Institut a pour mission « d'apporter son assistance dans la résolution de différends, conformément à d'autres règlements adoptés par l'Institut » (Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm, Règlement (1988), en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/03/fr/F_7021.htm>, consulté le 15 octobre 2002).. Or il a adopté des « Règles pour l'application du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI. » (Voir A. Prujiner, *supra* note 96 à la p. 641). Il suit donc la règle énoncée à l'article 33 de celui-ci, indiquant la primauté de l'autonomie de la volonté et en cas de silence des parties, l'application de « la loi désignée par la règle de conflit de lois que [l'arbitre] juge applicable en l'espèce ».

[588] « Celui qui choisit un for choisit un droit ».

[589] Il faut faire la différence ici entre la recherche de la loi applicable au fond du litige et celle de la loi applicable à la validité de la clause d'arbitrage elle-même. Dans ce cas, la valeur localisatrice du siège de l'arbitrage est importante. En cas de silence des parties sur la loi applicable à la clause, « le siège de l'arbitrage est sans doute l'indice considéré […] comme le plus significatif. » (E. Gaillard, *supra* note 255 au § 41).

doit appliquer; il n'est même pas sûr qu'il soit obligé d'avoir recours à un système national quelconque de conflit de lois »[590].

Plaçant le débat dans un autre registre, Berthold Goldman estime que le silence des parties qui ont choisi l'arbitrage entraîne automatiquement l'application de la *lex mercatoria* : « [...] le recours à l'arbitrage international est à lui seul considéré, de manière générale, comme un instrument d'internationalisation du contrat, et par là, de référence aux principes généraux du droit international [...] »[591]. Il laisse ainsi entendre que l'application de la *lex mercatoria* ne ressort pas d'un mécanisme de rattachement mais plutôt qu'elle s'impose par elle-même[592]. Du moment que l'on sort de la sphère des tribunaux étatiques, on se soustrait par là aux normes étatiques. Certains s'opposent à cette vision :

> La proposition nous paraît excessive car, pas plus qu'en matière interne, le recours à l'arbitrage n'écarte en matière internationale l'application de la règle étatique et nous ne sommes pas convaincus que la clause compromissoire inscrite dans pareil contrat signifie autre chose que le choix de la technique arbitrale pour le traitement de litiges éventuels[593].

Bien que les tourments et interrogations qui assaillent les juristes sur ces questions nous semblent fort intéressants, elles n'auraient qu'un intérêt pratique limité :

---

[590] R. David, *supra* note 225 à la p. 482.

[591] B. Goldman, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives » (1979) J.D.I. 475 à la p. 481.

[592] Il n'y a pas lieu de discuter longuement ici de cette attitude des mercatoristes selon lesquels la *lex mercatoria* constitue une sorte de révélation. Mentionnons toutefois qu'à notre avis, on ne peut conclure à son éventuelle application qu'à la suite d'un processus de rattachement, même s'il est implicite et qu'il s'effectue par la négative. Nous partageons totalement l'avis d'Alain Prujiner sur cette question (Voir *supra* note 6 à la p. 166 et s.).

Face au silence des parties, les arbitres refusent parfois de rechercher une loi nationale applicable, car ce « serait artificiel et arbitraire », tout en impliquant « de longues recherches de droit comparé ». Voir le résumé de la sentence CCI, 5. VI. 1996, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/caselaw/caselaw-1-28.pdf> (consulté le 2 mars 2000). Voir également ce que rapporte la Cour de Cassation de la sentence dans l'affaire *Pabalk*. Dans ce cas, comme les parties n'avaient désigné aucun droit applicable, l'arbitre « devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force [a convenu], eu égard au caractère international du contrat, d'écarter toute référence à une législation spécifique, qu'elle soit turque ou française, et d'appliquer la lex mercatoria internationale […] ». (*Supra* note 456).

> La question du droit applicable est, bien sûr, toujours importante dans l'arbitrage commercial international. Néanmoins son importance dans la pratique de l'arbitrage est souvent surestimée par les auteurs, car, selon ma propre expérience, confirmée par de nombreux collègues actifs dans le domaine de l'arbitrage international, la majorité des affaires repose exclusivement sur l'interprétation de contrats et la pertinence d'usages commerciaux, si bien que fort peu dépend du choix du droit applicable et qu'en fait, très souvent, cette question peut ne pas être, et n'est fréquemment pas tranchée expressément par les arbitres[594].

2. Facteurs de rattachement subsidiaires et autorité étatique

La *lex fori* ne laisse parfois aucune latitude à l'autorité étatique, lui indiquant expressément un facteur de rattachement précis, objectif, qui, comme l'écrivent Pierre Mayer et Vincent Heuzé, « désigne mécaniquement la loi applicable »[595]. Il s'agit, selon l'expression d'Antoine Kassis, d'un « rattachement rigide et impératif[596] ». Dans d'autres situations, sa marge de manœuvre est plus grande et lui permet de soupeser, d'évaluer comparativement divers éléments. Parmi l'éventail de facteurs de rattachement à la disposition de l'autorité étatique, certains sont liés aux personnes impliquées dans la relation contractuelle, d'autres à l'opération juridique elle-même.

2.1 Facteurs obsolètes ou peu fréquents

Mentionnons en premier lieu un facteur objectif peu utilisé mais auquel le *Code civil du Québec* réserve une place. Il s'agit du lieu de situation des biens objets

---

[593] J.-M. Mousseron *et al.*, *supra* note 226 à la p. 68.

[594] K.-H. Böckstiegel, « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État » dans C.C.I., *Programme du 60e Anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.*, *supra* note 226 127 à la p. 160.

[595] *Supra* note 36 à la p. 469.

[596] *Supra* note 36 à la p. 169.

du contrat, chef de rattachement qui permet de déterminer la loi régissant la forme de l'acte juridique[597] et ce, dans le but de le valider.

Alors qu'il a une importance indéniable en matière de rattachement juridictionnel[598], le lieu d'exécution de l'obligation, à notre connaissance, ne joue à l'heure actuelle aucun rôle, *du moins isolément*, dans la détermination de la loi applicable.

Au milieu du siècle dernier, Jean-Jacques Fœlix faisait remarquer que lorsque « l'acte devra recevoir son exécution dans un lieu autre que celui où il a reçu sa perfection, tout ce qui concerne l'accomplissement des engagements pris par le contrat et son exécution, et, en d'autres termes, tout ce qui doit être fait après la passation du contrat, est régi par la loi de ce lieu »[599]. Il donne des exemples d'ordres juridiques prévoyant spécifiquement ce facteur de rattachement qui s'explique par le fait qu' « en fixant un lieu pour l'exécution du contrat, les parties sont censées avoir voulu faire tout ce que prescrivent les lois du même lieu »[600], dissociant ainsi les questions de fond liées à la formation et à la validité du contrat de celles de son exécution, les premières soumises à la loi du lieu de conclusion, les secondes à celle du lieu d'exécution.

Il y a encore une cinquantaine d'années, ce chef de rattachement avait des défenseurs. Ardent partisan de la *lex loci actus*, Georges Delaume estimait que « *[l]e législateur simplifierait grandement la vie internationale s'il posait en principe la compétence de la loi du lieu de conclusion sauf à envisager, le cas échéant, la loi du*

---

[597] Art. 3109 C.c.Q.

[598] Voir art. 3148 § 3 et 3168 § 4 C.c.Q.

[599] J.-J. Fœlix, *supra* note 4 à la p. 135.

[600] *Ibid.* à la p. 136.

lieu d'exécution lorsque certains éléments (qu'il lui appartient de préciser) seraient réunis »[601].

La détermination du lieu d'exécution de l'obligation peut sembler relativement aisée dans la mesure où elle repose fréquemment sur des faits matériels. Toutefois, en pratique, ce n'est pas toujours le cas. Adolf Schnitzer suggère que parfois « le lieu de l'exécution ne soit pas déterminé lors de la conclusion du contrat »[602]. En outre, ce rattachement présente une difficulté supplémentaire. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, par définition il incombe à chaque partie au moins une obligation. Dans ce cas, soumettre le contrat à la loi du lieu de l'exécution reviendrait à soumettre le contrat à deux lois différentes, ce qui engendre « un morcellement excessif du contrat »[603]. Ce rattachement convient donc particulièrement mal aux contrats commerciaux – en particulier transnationaux -- dont les obligations sont souvent multiples, diverses et dont les lieux d'exécution peuvent être variés. Au surplus, la difficulté dont nous avons fait état à propos du for compétent, serait insoluble en matière normative[604].

C'est certainement en raison de ces difficultés que, lorsqu'il est envisagé, le lieu d'exécution de l'obligation ne constitue qu'un indice parmi d'autres, comme lorsque le juge recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat[605].

On retrouve le lieu d'exécution de l'obligation à l'article 3114 C.c.Q., inspiré, avons-nous mentionné, de l'article 8 §2 *b*) de la Convention de La Haye de 1986. Dans le cadre de ces dispositions, nous sommes un peu réticente à le qualifier de

---

[601] *Supra* note 39 à la p. 340. [Les italiques sont dans le texte original]

[602] A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *supra* note 416 à la p. 476.

[603] *Ibid*. à la p. 476.

[604] Voir ci-dessus à la p. 161.

[605] Voir ci-dessous à la p. 189 et s.

véritable facteur de rattachement[606]. En effet, ce qui fait le lien entre le contrat de vente et la loi qui lui sera applicable c'est le lieu d'établissement de l'acheteur. Toutefois, cette exception au principe général d'application de la loi du vendeur ne trouvera application que dans certaines circonstances, dont celle où le lieu d'exécution de l'obligation de livraison ou de délivrance du vendeur coïncide avec le lieu d'établissement de l'acheteur. Il s'agit donc plutôt d'un élément supplémentaire visant à encadrer l'exception, vraisemblablement afin de la restreindre au maximum. À lui seul, au chapitre du rattachement normatif du fond des actes juridiques, le lieu d'exécution des obligations n'a pas plus d'importance ou d'efficacité que le lieu de conclusion du contrat, auquel nous allons voir ci-dessous que le codificateur québécois donne la même fonction de renforcement.

2.2 Le lieu de conclusion du contrat

Au Moyen Âge, le lieu de conclusion du contrat était devenu le principe général de rattachement[607]. La *lex loci actus* était bien adaptée aux mœurs de l'époque où les contrats étaient souvent conclus entre présents. Le rattachement à la loi du lieu de conclusion de l'accord, tant pour le fond que pour la forme, était encore largement répandu dans les législations au milieu du XIX[ème] siècle[608].

En France, « [l]e lieu de conclusion […] a joué historiquement un grand rôle »[609]. Dans les années 1950, un auteur justifie ainsi ce rattachement :

---

[606] S'il s'agissait d'un véritable facteur de rattachement, on s'attendrait plutôt à une formulation du genre: la vente est régie par la loi du lieu où le vendeur doit exécuter son obligation de livraison des marchandises.

[607] À l'époque des invasions barbares, la question des conflits de lois – qui étaient en réalité plutôt des conflits de coutumes – ou plus globalement des « conflits de systèmes » (J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 7), se posait déjà puisque chaque peuple, cohabitant sur un même territoire, était jugé selon ses propres règles, en vertu de ce nous appelons le principe de la personnalité des lois. En cas d'échange commercial entre parties de coutume différente, on appliquait la loi du vendeur parce que celui-ci « cède la propriété de la chose vendue à l'acheteur et que ce transport n'est pas valable envers le vendeur s'il n'est pas fait conformément à sa loi. Tous ces actes de vente […] sont des actes unilatéraux dans lesquels le vendeur […] transfère la propriété conformément à sa loi. L'acheteur n'a rien à faire que de payer le prix, ce paiement est fait dans toutes les lois de la même manière, il ne faut pas un acte écrit, émanant de l'acheteur, pour effectuer ce paiement. » (E. M. Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge » (1934) 49 R.C.A.D.I. 543, 555).

[608] Voir J.-J. Fœlix, *supra* note 4 à la p. 157 et s.

[609] P. Mayer, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977 à la p. 511.

> Un contrat suppose la réunion de deux volontés. Or, ces volontés se réunissent nécessairement, sous réserve de la difficulté de le préciser parfois, dans un certain lieu. C'est alors à la loi de ce lieu à décider d'une part, la mesure dans laquelle les intéressés disposent d'une certaine liberté, et d'autre part, la réglementation qui les régit dans le cas où ils ne se sont pas prononcés suffisamment sur le contenu de leur contrat. Les lois impératives et facultatives seront, en d'autres termes, celles du lieu de conclusion du contrat, parce que les volontés s'étant rencontrées là, c'est à ce moment que le contrat a pris corps et que la loi du lieu de rencontre de ces volontés a pu en dessiner et en fixer les traits juridiques[610].

À la même époque, Georges-René Delaume, militant pour la *lex loci actus*, écrit ces mots qui semblent bien désuets maintenant: « La loi du lieu de conclusion est aisément déterminable »[611].

Au Québec, l'article 8 du *Code civil du Bas Canada* donnait comme rattachement premier, comme rattachement de principe, « la loi du lieu où [les contrats] sont passés. ». Cette loi avait une telle importance qu'elle était « presque devenue une présomption *juris tantum* »[612]. Malgré cette importance, la règle n'a pas été reprise par le codificateur en 1994 comme principe général. Il l'a toutefois conservée dans un cas très précis, prévu à l'article 3114 § 1 bien que la formule ne fasse pas référence directement à la loi du lieu de conclusion: « la vente est régie par la loi de l'État où l'acheteur avait sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat [si] des négociations ont été menées et [que] le contrat a été conclu dans cet État »[613]. On voit donc que le codificateur n'a pas choisi ici de désigner la loi du lieu de conclusion du contrat pour sa seule vertu. Le lieu de conclusion de l'acte n'est pris en considération que s'il coïncide avec d'autres éléments factuels. D'ailleurs, dans ses commentaires, le ministre de la Justice met

---

[610] J.-P. Niboyet, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité? » 1950 Rev. crit. D.I.P. 509 à la p. 516.

[611] *Supra* note 39 à la p. 337.

[612] J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 497.

[613] Voir également l'article 8 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises de 1986 (*supra* note 375) dont s'inspire la disposition québécoise.

plus l'accent sur le fait que cette loi est celle de la résidence de l'acheteur que sur celui qu'elle est celle du lieu de conclusion du contrat.

Alors qu'autrefois, comme nous l'avons rappelé, le fond des actes et leur forme étaient soumis à la même loi, la *lex loci actus*, un clivage s'est peu à peu installé, éloignant les questions de fond de cette règle, pour des raisons que nous allons expliquer ci-dessous. Le lieu de conclusion du contrat a pratiquement été évincé des facteurs de rattachement pour ce qui concerne le fond des contrats mais il est encore utilisé en ce qui en concerne la forme, quel que soit le type d'acte juridique[614]. « Le lieu de l'acte présente des avantages évidents de commodité. C'est au lieu où elles se trouvent que les parties peuvent le plus aisément se renseigner sur les formalités nécessaires; si elles font appel à un juriste local (avocat, notaire, conseil juridique), celui-ci procède normalement selon la loi du pays où il exerce »[615].

Nous avons mentionné précédemment que le lieu de conclusion de l'acte reste le premier facteur en la matière en droit québécois où l'article 3109 C.c.Q. reprend la règle énoncée dans l'ancien droit à l'article 7 C.c.B.-C. Il convient de ne pas oublier que si les autres règles servent à sauver la validité formelle de l'acte, la loi du lieu de conclusion ne peut que l'invalider. Par exemple, un contrat conclu en Ontario entre un Québécois et un résident de Floride portant sur un bien situé en Colombie-Britannique ne pourra être invalidé pour vice de forme que par la loi ontarienne.

Toujours en ce qui a trait à la forme, Fœlix enseigne qu'en ancien droit français,

> [l]ors de la rédaction du Code civil, le gouvernement avait proposé une disposition ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Cet article fut

---

[614] Contrats, bien sûr, mais également testaments, donations, contrats de mariage, mariage, etc.

[615] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 509.

> attaqué comme étant inutile par rapport aux actes passés en France, attendu que la forme des actes était aujourd'hui la même dans tout le royaume. On ajoutait que si l'article n'avait pour but que les actes passés en pays étranger, le législateur sortait du cercle où il devait se renfermer, parce qu'il ne lui appartenait pas d'étendre son pouvoir au delà du territoire français[616].

On aurait pu « se borner à dire que les actes faits par des Français en pays étrangers sont valables lorsqu'on a observé la forme prescrite par les lois du pays où ils ont été passés »[617]. Ceci fut écarté en raison des possibilités de fraude. Les contractants auraient en effet pu alors choisir d'aller conclure leur convention dans tel ou tel pays étranger afin d'échapper à l'application de leur loi nationale, par exemple.

Finalement, « le conseil d'état, tout en retranchant cette disposition, n'a pas laissé de la considérer comme énonçant, réduite à son véritable et seul objet, à la forme extrinsèque des actes, une de ces maximes tellement notoires, qu'elle n'ont pas besoin de la sanction expresse du législateur »[618].

La Convention de Rome, parmi les deux facteurs pour régir la forme du contrat, a elle aussi conservé la loi du lieu de sa conclusion[619], exception faite des

---

[616] *Supra* note 599 à la p. 102.

[617] *Ibid*. à la p. 103.

[618] *Ibid*. Le Code civil contient toutefois trois dispositions énonçant plus ou moins explicitement la maxime *locus regit actum* : l'article 47 portant sur les actes d'état civil, l'article 170 au sujet de la célébration du mariage et l'article 999 en matière testamentaire.

[619] Art. 9 §1. Nous ne pouvons comprendre le commentaire d'Hélène Gaudemet-Tallon à son sujet: « La convention a pris soin de distinguer le contrat conclu entre présents (art 9, § 1), cas dans lequel la *lex loci actus* est unique, du contrat entre absents (art. 9, § 2). » (*Supra* note 393 à la p. 279). Parlant de la loi régissant la forme, le premier paragraphe n'indique pas que la loi du lieu de conclusion est l'unique, la seule applicable puisqu'il se lit ainsi : « Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu. » [Nous soulignons]. En outre, mais nous n'en débattrons pas ici, si le deuxième paragraphe porte bien sur les contrats entre non-présents (« Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents […] »), nous ne sommes pas certaine que le premier concerne uniquement les parties en présence l'une de l'autre. Lorsque deux personnes s'engageant contractuellement « se trouvent dans un même pays », cela ne déclenche pas forcément les mêmes problèmes de droit international privé qu'au cas contraire, mais cela ne signifie pas qu'elles soient en présence physique l'une de l'autre au moment de la conclusion.

Commentant l'article 18 de l'avant-projet de convention, Jacques Foyer semblait faire la même observation : « Comme pour les conditions de fond, il opère une distinction entre contrats entre présents et entre absents. » (*Supra* note 406 à la p. 625). Toutefois, à propos de la version définitive, il modifie son discours en disant

contrats de consommation qui sont régis par la loi de la résidence habituelle du consommateur, comme le prévoit l'article 9 § 5. On ne note dans la Convention aucune hiérarchie entre les deux chefs, celui que nous venons d'évoquer et la loi régissant le fond du contrat.

Sur le plan factuel, le lieu de conclusion du contrat est souvent difficile à déterminer, surtout en matière commerciale et en particulier lorsque la relation est internationale. Lorsqu'il est déterminable, le lieu ne correspond souvent à rien de pertinent dans la relation, étant relativement fortuit ou peu significatif par rapport à la convention, plutôt choisi uniquement pour des questions de commodité matérielle. Il peut aussi arriver, lorsque les parties se trouvent ensemble dans un moyen de transport, qu'elles ne sachent « même pas dans quel pays elles se trouvent au moment de la conclusion du contrat »[620].

À notre époque, la conclusion de contrats entre non-présents[621] est chose fréquente. Or, on sait toutes les difficultés que cela entraîne en matière de localisation de la naissance de la convention. Par des raisonnements compliqués, les tribunaux ont dû élaborer des théories, théorie de la réception et théorie de l'acceptation, sans parler de celle de l'émission, qui faisaient parfois dépendre la localisation temporelle et spatiale de la similitude ou non des moyens de communication utilisés[622]. En France, on suit unanimement la théorie de l'expédition pour la localisation spatiale alors que pour décider du moment de la formation du contrat « la théorie de la réception est plus inégalement acceptée »[623]. Au Québec, la question a été éclaircie et tranchée une fois pour toute lors de l'entrée en vigueur du

---

simplement : « La Convention a habilement résolu la question du contrat entre absents installés dans des pays différents » ne laissant pas entendre que le premier paragraphe de l'article 8 ne vise que les contrats entre présents. (*Supra* note 369 à la p. 616.).

[620] A. F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *supra* note 416 à la p. 548.

[621] Nous préférons l'expression « non-présents » à « absents » afin d'éviter toute équivoque, le terme « absent » ayant un sens juridique bien particulier.

[622] Voir en droit québécois la trilogie *Underwood* c. *Maguire*, (1897) 6 B.R. 237, *Magann* c. *Auger*, [1900-1901] 31 R..C.S. 186 et *Charlebois* c. *Baril*, [1928] R.C.S. 88.

[623] V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 195.

nouveau Code civil dont l'article 1387 présente une unité dans le traitement de la question du lieu et du moment et opte pour la théorie de la réception.

Quoi qu'il en soit, la détermination factuelle du lieu se sera pas toujours évidente. Pensons à certains contrats internationaux complexes, bâtis petit à petit à la suite de longues périodes de négociations au cours desquelles offres et contre-offres se succèdent, de propositions nouvelles s'ajoutent, des modifications sont proposées, le tout jalonné d'accords préalables. Dans ce type de relation, il est souvent difficile de déceler le moment exact de la rencontre de l'offre et de l'acceptation[624]. *A fortiori*, comment établir avec certitude sa localisation?

En outre, comme ces questions ne sont pas purement factuelles, nous venons de le dire, comment le juge déterminera-t-il juridiquement le lieu en cas de contrat entre non-présents? En d'autres termes, quelle règle juridique lui indiquera s'il doit suivre la théorie de l'émission ou celle de la réception, par exemple, afin de découvrir le lieu de conclusion et donc la loi applicable? Comme il ne s'agit pas d'une question de qualification, sa propre loi ne lui sera d'aucun secours. Il ne pourra certes pas utiliser la loi du lieu de conclusion puisque avant d'avoir découvert celui-ci, il ignore quelle est cette loi. Nous avons vu qu'un problème du même type se pose en matière de lieu de paiement afin de déterminer la compétence du tribunal[625]. Cependant, dans ce cas-là, la règle de rattachement normatif peut venir en aide pour résoudre la question juridictionnelle. Ici, on n'a même pas cette bouée puisque c'est la règle de rattachement normatif elle-même qui intrinsèquement entraîne dans un cercle vicieux.

Les rédacteurs de la Convention de Rome ont sans doute été conscients du problème, puisque, dans le cas d'un contrat entre non-présents situés dans des pays

---

[624] Celle-ci s'effectue rarement sous la forme de ce que Jean-Marc Mousseron appelait savoureusement le « coup de foudre contractuel ». (*Supra* note 23 à la p. 35).

[625] Voir ci-dessus à la p. 161.

différents, ils n'ont pas retenu la loi du lieu de conclusion. Outre la loi régissant le fond, est applicable à la forme celle de l'un des pays où se trouvent les parties[626].

Nous avons vu qu'en droit québécois, l'article 3109 C.c.Q. présente également des alternatives, en plus grand nombre d'ailleurs que la disposition communautaire. Nous avons expliqué que les lois prévues, autres que celle du lieu de formation du contrat, visent à favoriser la validité formelle de l'acte. Parmi les alternatives, certaines sont utiles pour les contrats entre non-présents, même si cela n'est pas prévu explicitement[627]. Puisque la *lex loci celebrationis* « et elle seule, peut avoir comme effet d'invalider l'acte pour vice de forme »[628], en raison de la difficulté, pour ne pas dire impossibilité, de sa détermination dans le cas de contrats entre non-présents, il est probable que peu de contrats risquent d'être déclarés invalides pour question de forme par un juge québécois.

Toutes les difficultés, factuelles et juridiques, liées à la localisation expliquent que la *lex loci actus* ait été peu à peu abandonnée, au moins en tant que seul rattachement possible. En outre si, au plan de la forme de l'acte, elle a une certaine raison d'être, en ce qui concerne le fond, elle présente un lien trop lâche et souvent trop fortuit pour être justifiée.

2.3 Domicile, résidence et établissement

Nous avons indiqué qu'en ce qui a trait à la forme des actes juridiques, le *Code civil du Québec* prévoyait une panoplie de lois applicables visant à sa validation. Parmi elle, la loi « du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de

---

[626] D'ailleurs, il faut admettre que la forme des actes en tant que telle fait rarement l'objet de discordes, la question étant le plus souvent soulevée à l'occasion de différends sur le fond. Cependant, dans le cadre des relations cyberspatiales, comme nous le verrons plus loin, c'est peut-être la notion de forme qui constitue l'une des plus grandes modifications et présente par là tout un défi pour le droit, fondé depuis des siècles sur la notion d'écrit. Il n'est donc pas impossible que se soulèvent des questions principalement liées à la forme de l'engagement des parties.

[627] Par exemple, la loi de la situation des biens qui font l'objet du contrat ou la loi du domicile d'une partie.

[628] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 714.

l'acte »[629]. On remarquera que le codificateur n'a pas du tout retenu ici la notion de résidence ou de résidence habituelle.

En dehors du cas prévu à cet article du *Code civil du Québec*, nous devons constater que la fonction localisatrice du domicile, du moins dans le domaine contractuel, perd de son importance puisque nous ne l'avons pas retrouvé ailleurs, que ce soit en droit québécois ou étranger. Le domicile a donc une place très réduite en tant que rattachement normatif objectif dans le domaine contractuel.

Nous avons mentionné[630] que la notion de domicile tend à être délaissée par les législations modernes au profit de celle de résidence ou d'établissement. Ceux-ci ont-t-ils un rôle plus important[631]?

Ils ont encore leur place en droit de la consommation. Le droit québécois, une fois de plus inspiré de la Convention de Rome, prévoit : « En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est […] applicable au contrat de consommation »[632]. Les rapporteurs de la Convention de Rome, à propos de l'article 5 § 3, ont estimé que « [l]e libellé […] est suffisamment clair et n'exige pas de considérations supplémentaires »[633].

Il suscite cependant quelques réflexions. D'abord, mentionnons qu'en droit québécois, la règle est bilatérale, donc s'applique autant au consommateur résidant au Québec qu'au consommateur résidant ailleurs.

---

[629] Art. 3109 C.c.Q. Le projet de loi ne mentionnait la loi du domicile que pour les libéralités.

[630] Ci-dessus à la p. 153 et s.

[631] Nous utiliserons de façon générique le terme « résidence » pour désigner la résidence et l'établissement, sauf lorsque la nuance sera nécessaire. De la même façon, nous n'insisterons pas sur la distinction entre résidence et résidence habituelle.

[632] Art. 3117 *in fine* C.c.Q. Voir art. 5 § 3 Convention de Rome.

[633] M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

Gérald Goldstein, de son côté, s'étonne que le Code civil n'ait pas laissé le choix au consommateur entre « sa » loi et celle du commerçant par exemple, ce qui aurait traduit « une véritable optique de protection matérielle du consommateur »[634].

Ensuite, il faut garder à l'esprit les conditions d'application des articles 3117 C.c.Q. et 5 de la Convention de Rome. En cas de silence des parties, la loi du consommateur ne sera appliquée que si le contrat a été conclu au lieu de sa résidence, comme dans le cadre des dispositions impératives en cas de choix de loi. En matière de vente, si ce n'est pas le cas, au Québec, le juge suivra la règle générale en la matière, dont nous allons voir qu'elle aboutit justement à la loi du vendeur, par l'application de l'article 3114 C.c.Q.

Cet article, dont la source se trouve dans diverses conventions internationales, indique expressément comme facteur de rattachement le lieu de résidence. Il concerne uniquement la vente de meubles corporels et pose comme règle générale qu'elle est régie « par la loi de l'État où le vendeur avait sa résidence ou, si la vente est conclue dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement au moment de la conclusion du contrat. » Il comporte trois exceptions qui, tout en utilisant encore la localisation liée à la résidence, mènent à l'application de la loi de l'acheteur. Pratiquement identique, l'article 8 de La Convention de La Haye de 1986, qui a servi de modèle à la disposition québécoise, utilise également comme facteur de rattachement direct l'établissement. Selon les circonstances, la loi applicable sera celle de l'établissement du vendeur – le principe général – ou de celui de l'acheteur – les exceptions –[635]. Quant à la Convention de La Haye de 1955, dont

---

[634] *Supra* note 419 à la p. 183. L'auteur fait un parallèle avec les litiges portant sur la responsabilité du fabricant d'un bien meuble où la victime a le choix entre deux lois, celle de l'établissement ou de la résidence du fabricant et celle du lieu où le bien a été acquis (voir art. 3128 C.c.Q.). Toutefois, dans ce cas, les deux lois sont prévisibles pour le commerçant puisque il a une connaissance des deux localisations. En revanche, il est impossible pour un commerçant de savoir où va être située la résidence de tous ses clients potentiels.

[635] À ce chapitre, deux des exceptions prévues par le *Code civil du Québec* et la Convention de La Haye sont exprimées de façon exactement identique : les négociations et la signature du contrat ont eu lieu dans l'État de la résidence de l'acheteur et le contrat fait suite à un appel d'offre. La troisième est formulée différemment. Pour la Convention de La Haye, le contrat sera régi par la loi de l'État où se trouve la résidence de l'acheteur s'il « prévoit expressément que le vendeur doit exécuter son obligation de livraison des marchandises dans cet État» alors qu'aux termes de l'article 3114 C.c.Q. la loi de l'état de l'acheteur sera appliquée lorsque « [l]e contrat prévoit

s'inspire également le texte québécois, son article 3 exprime le même principe soit l'application de la loi de la résidence ou de l'établissement du vendeur avec une exception en faveur de la loi de la résidence ou de l'établissement de l'acheteur lorsque « la commande [y] a été reçue ».

Les chefs de rattachement uniquement liés à la localisation des sujets impliqués dans les contrats ont donc une application assez limitée. Ils interviennent parfois pour régler des questions formelles mais leur rôle principal se situe dans le cadre des contrats de consommation. Cela permet à l'État qui a un lien important avec le consommateur de l'assurer de sa législation protectrice. En dehors de ces cas, la tendance contemporaine, que nous allons présenter maintenant, privilégie la recherche d'une loi qui présente un lien significatif avec ce que l'on pourrait appeler la dynamique du contrat.

2.4 La loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat et la prestation caractéristique

On peut qualifier les facteurs de rattachement normatif précédemment exposés de « rigides » puisque l'autorité n'a qu'à se livrer à un froid examen des faits pour en déduire la règle applicable. Il existe, à l'heure actuelle, une méthode plus souple, laissant plus de discrétion au juge – trop peut-être au goût de certains[636] – qui consiste à rechercher la loi qui « présente les liens les plus étroits » avec l'acte objet du différend. On retrouve l'expression dans la Convention de Rome, à l'article 4 §1 et en droit québécois, à l'article 3112 C.c.Q.[637].

---

expressément que l'obligation de délivrance doit être exécutée dans cet État ». Bien que la « délivrance » traduise une opération juridique alors que la « livraison » suggère plutôt l'opération matérielle de transmission du bien, on sait que les deux termes sont souvent utilisés comme synonymes en particulier en matière de vente. Nous ne savons pas pourquoi le codificateur s'est ainsi écarté de son texte source.

[636] Voir A. Kassis, *supra* note 36 à la p. 170.

[637] La loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat est comparable au concept de *proper law of the contract* du droit américain. Deux auteurs français comparent joliment la méthode américaine à de « l'impressionnisme juridique », confinant presque au « pointillisme » car la recherche de la loi applicable se fait par petites touches. (Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 143.)

Signalons ici une différence entre la Convention de Rome et le *Code civil du Québec*. La première indique une règle valable pour tous contrats, qu'il s'agisse d'une vente ou non. En droit québécois, à côté de l'article 3112 C.c.Q., on trouve une disposition portant spécialement sur les contrats de vente de biens meubles corporels et auxquels s'applique une règle différente[638].

L'article 3112 C.c.Q. exprime ce qu'on appelle le principe de proximité. Bien sûr, la proximité s'entend ici non pas dans un sens géographique mais dans un sens « relationnel »[639]. Afin d'appliquer la loi la plus proche du contrat, le juge recherche le centre de gravité des opérations contractuelles en examinant divers éléments liés de plus ou moins près à l'acte[640].

Dans cette démarche, le lieu de conclusion du contrat est encore utilisé, avec plus ou moins d'importance, par quelques ordres juridiques. Il fait partie des « circonstances » données en exemple par le ministre de la Justice du Québec[641].

---

[638] Art. 3114 C.c.Q. Nous devons nous arrêter à l'article 3112 C.c.Q. puisque il est applicable en matière de vente de biens meubles incorporels. Or nous verrons dans la deuxième partie que lorsque l'on parle de commerce cyberspatial, il y aura lieu de s'interroger sur la nature de certains biens. Voir ci-dessous à la p. 245 et s.

[639] Autrefois, la jurisprudence suisse parlait de « lien territorial le plus étroit ». Adolf Schnitzer recommandait de supprimer le terme « territorial » pour justement éviter de rechercher un lien matériel et s'en tenir à un plan purement intellectuel (Voir A. F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *supra* note 416 à la p. 572).

[640] Plus qu'une règle de rattachement, l'article 3112 C.c.Q. et les autres textes qui prévoient le recours à la loi qui présente des liens étroits avec le contrat indiquent un « *procédé* ». (A. Bucher et A. Bonomi, *Droit international privé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001 à la p. 254. [Les italiques sont dans le texte original])

[641] *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1035. Il a aussi son importance en droit américain (voir American Law Institute, *Restatement of the law second : contacts 2d*, St-Paul, American Law Institute Publ., 1981 aux § 188 et 6) et dans les provinces canadiennes de common law. La Cour suprême du Canada, en 1967, avait eu à entendre une affaire où elle devait déterminer la loi applicable aux effets de la résiliation d'un contrat d'assurance impliquant deux ordres juridiques. Après avoir cité la Cour d'appel de l'Ontario selon qui le lieu de conclusion du contrat n'est pas décisif dans la recherche de la loi applicable, le juge Ritchie s'appuie sur le droit prétorien anglais pour affirmer : « It now appears to have been accepted by the highest Courts of England that the problem of determining the proper law of a contract is to be solved by considering the contract as a whole in light of all the circumstances which surround it [...] ». (*Colmenares* c. *Imperial Life Assurance Co. of Canada*, [1967] S.C.R. 443, p. 448. [Les plus hauts tribunaux anglais recommandent que pour déterminer la loi la plus appropriée au contrat, il faut prendre en considération le contrat comme un tout à la lumière des circonstances qui l'entourent.]. Le juge Ritchie énumère ensuite les facteurs dont l'examen est recommandé par la doctrine anglaise. Parmi eux, et à titre d'exemple, « the place where the contract is made ». [le lieu où le contrat est conclu.]

Le lieu d'exécution est également l'un des indices qui pourra guider le tribunal. Parmi les autres, on peut aussi citer

> la situation de l'objet de l'acte, le domicile, la résidence, la nationalité, le centre d'affaires des parties, la forme de la rédaction de l'acte, la monnaie de paiement, la langue employée, la teneur des lois en conflits (ainsi, si l'une des lois valide l'acte tandis que l'autre l'annule, on pourra soumettre cet acte à la première), les clauses d'arbitrage ou attributives de juridiction, et, enfin, l'attitude des parties postérieurement à la passation de l'acte[642].

Généralement, lorsque les magistrats sont appelés à déterminer le rattachement d'un contrat et qu'ils examinent divers critères, ceux-ci ne sont pas évalués quantitativement mais qualitativement afin de déterminer la loi qui a le plus vocation à régir la relation[643].

Au delà des questions de méthode, on peut entrevoir une incertitude quant au type de règles que l'autorité va choisir. Dans le cas de l'arbitrage, en raison de son détachement par rapport à tout ordre étatique, il est possible que le contrat soit finalement régi par des lois, au sens strict, ou par des règles non édictées par des législateurs nationaux ou internationaux. La question de savoir si un juge étatique peut d'office soumettre le contrat à la *lex mercatoria* ou toute autre forme de droit non étatique paraît saugrenue. Les règles nationales de rattachement subsidiaires ne peuvent par leur seul effet que désigner des règles substantielles elles aussi nationales : « the purpose of the conflict of laws is to enable the tribunal accurately to

---

[642] Office de révision du Code civil, *supra* note 534 à la p. 993.

[643] Cependant, en Grèce, avant la ratification de la Convention de Rome, en 1988, les tribunaux manifestaient « une préférence pour l'approche dite quantitative qui consiste à établir les liens les plus étroits par référence au nombre de points de rattachement et sans égard particulier quant à leur relevance du point de rattachement. Malgré le fait que l'approche dite qualitative est préférable […] car elle permet de tenir compte de la spécificité de chaque figure contractuelle par rapport à la justice dite de droit international privé, la jurisprudence hellénique semble préférer la première approche. À cela il convient de remarquer que cette préférence est parfois guidée par un souci d'aboutir à la détermination du droit substantiel grec comme droit applicable. » (Trib. gr. inst. Thessalonique 11113/1993, Armenopoulos 1994, 454, en ligne : <http://www.mfa.gr/hiifl/en/revue/revue48/pamboukis/keimeno.html> consulté le 16 décembre 1999).

identify the national law which governs the contract »[644]. Comme le soulignent des auteurs anglais, « [l]e juge étatique doit se plier à son droit national et d'ailleurs dans le serment que prêtent les magistrats, lorsqu'ils entrent en fonction, figure généralement la promesse d'appliquer la loi, ce qui signifie en l'occurrence la loi de leur pays »[645]. Consultant sa propre loi pour y rechercher les facteurs de rattachement, le magistrat se verra indiquer d'appliquer ensuite la *loi* de tel ou tel État, restant ainsi dans le même registre.

Pourtant, certains juges, rarement certes, choisissent de sortir par eux-mêmes du registre étatique. La jurisprudence compilée par UNIDROIT ne manque pas d'intérêt en ce qui concerne le recours aux Principes par les tribunaux étatiques *lorsque les parties ne l'ont pas prévu*. Dans cinq décisions émanant de tribunaux judiciaires, les magistrats ont, semble-t-il, fait référence aux Principes de leur propre initiative. Ainsi, dans un dossier, un tribunal français a dû se prononcer sur une incompatibilité entre une clause insérée dans un contrat et l'une des conditions générales auxquelles il faisait référence. Plutôt que de se tourner vers une loi nationale, la Cour d'appel de Grenoble a choisi d'utiliser les Principes UNIDROIT de façon indépendante, c'est-à-dire en tant que corps de normes et non pas pour seulement appuyer ou compléter des instruments législatifs nationaux ou conventionnels, estimant que ces règles transnationales étaient les plus adaptées au problème, donc les plus aptes à lui fournir une réponse[646].

Plusieurs regrettent l'époque où le juge devait s'en tenir à utiliser un rattachement rigide. En effet, le principe de proximité, s'il aboutit à des solutions peut-être plus « naturelles » au regard de l'ensemble des éléments du dossier, présente un inconvénient majeur : ce n'est plus la *loi* qui indique les liens entre la situation

---

[644] Lord Mustill, « The New *Lex Mercatoria* : the First Twenty Five Years » dans *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149 à la p. 154. [l'objectif du conflit de lois est de permettre au tribunal d'identifier la loi nationale qui régit le contrat]

[645] A. Redfern et M. Hunter, *supra* note 13 à la p. 81.

[646] Grenoble, 24 janvier 1996, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/caselaw/caselaw-1-28.pdf> (consulté le 2 mars 2000).

factuelle et le droit applicable; c'est le juge, et lui seul, « qui dira quels sont ces liens »[647]. La latitude ainsi accordée au tribunal a des conséquences néfastes pour les parties car, dans ce cas, la *lex fori* se contente d'indiquer

> une simple directive de caractère très général et ne pouvant présager les solutions concrètes, cette directive n'étant que le principe de proximité. Il y a dans cette évolution un laxisme certain du droit international privé des contrats, se traduisant par une incapacité à répondre aux objectifs que tout droit positif doit tendre à réaliser, à savoir la certitude, la prévisibilité et la sécurité juridique[648].

C'est justement pour guider le tribunal dans l'appréciation de la proximité que le *Code civil du Québec* donne une indication. Il suggère en quelque sorte un facteur de rattachement, à l'instar de la *Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987*[649], l'une des sources de l'article 3113 C.c.Q. : « Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement ».

Il faut ici faire deux remarques. Premièrement, on prend comme point d'ancrage la prestation caractéristique. On définit classiquement cette prestation comme celle qui « colore » le contrat, qui permet de le qualifier. Le ministre québécois de la Justice en donne quelques exemples, tirés de la loi suisse : prestation de l'aliénateur, du dépositaire, du garant, prestation de service dans le mandat, etc. Il en ajoute quelques unes: « dans le contrat de donation, la prestation caractéristique est fournie par le donataire, dans le transport par le transporteur

---

[647] A. Kassis, *supra* note 36 à la p. 170.

[648] *Ibid*. à la p. 172.

[649] La loi de 1987 a codifié la jurisprudence développée auparavant par le Tribunal fédéral. Pour une description de celle-ci, voir F. Vischer, *Traité de droit privé suisse – Droit international privé*, Fribourg, Éditions universitaires, 1974 à la p. 182 et s.

[…] »[650]. Habituellement, on distingue la prestation caractéristique par le fait que c'est celle « pour laquelle le paiement est dû »[651].

Le recours à la loi du lieu de l'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique est également utilisé par des textes internationaux[652]. À ce propos, Jacques Foyer, commentant l'avant-projet de convention européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles et aux obligations extracontractuelles[653], écrivait en 1976 : « Ce nouveau rattachement présente des qualités de simplicité et de certitude »[654]. Nous ne saurions partager son point de vue, en particulier en ce qui concerne la simplicité. Même si tout le monde, actuellement, semble accepter la définition de la prestation caractéristique telle que reproduite par le ministre de la Justice du Québec, et qui en matière de vente ne pose pas de problème théorique, elle pourrait fort bien, un jour, être contestée[655].

Il nous semble intéressant de rappeler dans ses grandes lignes la genèse de la théorie de la prestation caractéristique, dans la mesure où elle repose sur des

---

650 *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 92 à la p. 1035. En réalité, ces exemples sont tirés de la jurisprudence suisse.

651 J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 873.

652 Art. 4.2 de la Convention de Rome qui raffine le principe énoncé à l'article 3 de la Convention de la Haye de 1955.

653 Qui deviendra la Convention de Rome et qui dans son texte définitif ne portera que sur les obligations contractuelles.

654 J. Foyer, *supra* note 406 à la p. 611.

655 Il suffit de penser à la donation ou au prêt pour conclure que ce qui qualifie de façon caractéristique une prestation n'est pas toujours le fait de recevoir une contrepartie monétaire. Et que dire des situations où les prestations des deux parties sont pécuniaires, comme dans le cas du contrat d'assurance, ou celles « dans lesquelles il est impossible d'identifier une seule prestation caractéristique »? (A. Bucher et A. Bonomi, *supra* note 640 à la p. 258)

Même en acceptant le point de vue fondé sur la contrepartie monétaire, d'autres questions peuvent se soulever. Lors de l'élaboration de la Convention de La Haye de 1986, alors que les délégations étudiaient le mécanisme visant à déterminer la loi applicable à la vente en cas de silence des parties, et en particulier les exceptions au principe de la loi du vendeur, certains avaient proposé la formule suivante : « la vente est régie par la loi de l'État dans lequel l'acheteur a son établissement principal, si la prestation caractéristique du vendeur s'exécute sur le territoire de l'État de l'acheteur ». À cette occasion, on a pu se demander : « [q]uelle est la prestation caractéristique du vendeur : la fabrication, la fourniture des marchandises ou leur livraison? » (Voir A. T. von Mehren, *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises – Rapport explicatif*, La Haye, Bureau permanent de la Conférence, 1987 à la p. 30.)

prémisses non seulement acceptables dans le monde traditionnel mais encore particulièrement valables dans le cadre de relations cyberspatiales.

La doctrine de la prestation caractéristique est issue de la réflexion d'Adolf Schnitzer, lorsqu'il cherchait à déterminer quelle loi avait vocation à régir un contrat international. Tout son raisonnement part du constat suivant : le contrat n'étant pas « un phénomène du monde extérieur »[656] mais une pure création de la pensée humaine, il est faux et vain de chercher à lui trouver des repères géographiques. Le fait qu'il ait pris naissance à telle ou telle place et qu'il soit exécuté à tel endroit sont des considérations qui se situent en dehors de la sphère contractuelle.

Repoussant donc tout ce qui gravitait à l'extérieur de la relation contractuelle, Adolf Schnitzer en est venu à proposer qu'il fallait rechercher ce qui constitue l'essence, la nature propre du contrat : « il faut rattacher le contrat à l'ordre juridique dans lequel il déploie sa fonction économique ou sociale »[657]. Or son analyse le pousse à conclure que c'est au lieu de la résidence ou de l'établissement de la personne qui reçoit un paiement, dans le cas de la vente, que se réalisent des modifications économiques. Sa doctrine repose donc sur l'examen de considérations non spécifiquement juridiques :

> Certes, il faut toujours rechercher la prestation caractéristique et la fonction du rapport en cause, et cela demande une appréciation des faits […] Cette trace de subjectivité est inévitable, mais dans notre matière elle est d'importance mineure, si le jugement est basé sur un examen consciencieux des faits <u>économiques et sociaux</u> qu'il faut régler par le droit [658].

---

[656] A. F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *supra* note 416 à la p. 572.

[657] A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *supra* note 416 à la p. 459. Ces propos ne sont-ils pas à rapprocher de la définition de l'internationalité qui « met en cause les intérêts du commerce international »?

[658] A. F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *supra* note 416 aux pp. 580-581. [Nous soulignons].

Il s'agit donc de déterminer « la prestation qui est au premier plan, sociologiquement et fonctionnellement »[659].

Fondamentalement, il semble que le juriste suisse cherche à accorder une protection particulière au contractant qui « risque » le plus dans l'opération, en particulier du point de vue financier. Selon lui, dans le cas d'une vente, c'est l'aliénateur qui court le plus de risques, notamment celui de ne pas être payé[660]. La tâche de l'aliénateur serait également plus complexe, ce qui mériterait une protection particulière. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas et ce, que l'on se place sur le terrain juridique ou sur le plan économique.

Même si les fondements du raisonnement d'Adolf Schnitzer peuvent être réfutés un à un à la lumières d'exceptions[661], il n'en reste pas moins que « identifier la prestation caractéristique comme étant la prestation non pécuniaire n'est que l'expression d'une idée plus générale, qui consiste à rechercher un équilibre entre les intérêts des parties »[662].

En outre, la théorie d'Adolf Schnitzer nous semble ne pas insister assez sur un pan entier du problème, que Vincent Heuzé au contraire fait bien ressortir[663]. La question se pose dans un contexte international imprégné de plusieurs ordres juridiques. Dans ces circonstances particulières, quelle est la partie qui a le plus besoin de protection? C'est celle qui s'expose à l'application d'un droit étranger… ce qui constitue un risque potentiel égal pour les deux parties à un contrat transnational. Cependant, Vincent Heuzé estime que l'une des parties est naturellement plus « naïve » que l'autre, pourrait-on dire. Il s'agit de celle qui a été sollicitée par son

---

[659] F. Visher, *Traité de droit privé suisse – Droit international privé*, Fribourg, Éditions universitaires, 1974 à la p. 172.

[660] En se fondant sur un raisonnement totalement différent, Adolf Schnitzer en vient donc à recommander le même rattachement normatif que celui qui avait cours lors de la période des invasions barbares (voir ci-dessus note 607).

[661] À ce sujet, voir A. Bucher et A. Bonomi, *supra* note 640 aux pp. 256-258.

[662] *Ibid*. à la p. 258.

cocontractant. Il y a de la part de ce dernier une sorte de déplacement conscient et volontaire dans la sphère juridique de son vis-à-vis alors que la partie sollicitée reste dans son milieu juridique naturel et n'a pas de raison de s'attendre à ce qu'il en soit autrement. Par conséquent, « les contrats doivent être régis par la loi du lieu de résidence de celle des parties qui n'a pas pris l'initiative de leur conclusion »[664].

Bien sûr, Vincent Heuzé admet qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quelle est la partie qui a pris l'initiative de la relation contractuelle. Comme alternative, il propose alors que soit appliquée la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique. Malheureusement, il ne donne aucune explication sur le sens qu'il donne à ces termes. Et il conclut : « par exception, le droit compétent sera celui du lieu du domicile du créancier, lorsqu'il sera établi par celui-ci qu'il n'aura pas pris l'initiative du contrat »[665].

La deuxième observation porte sur la présomption contenue à l'article 3113 C.c.Q. et à l'article 4 §2 de la Convention de Rome. Le contrat pourrait donc être rattaché à la loi du lieu indiqué, soit celle de la résidence de la partie fournissant la prestation caractéristique mais le juge, pourrait, à l'examen des circonstances et éléments entourant le contrat, le rattacher à une autre loi. Laquelle? Celle indiquée à l'article 3112 C.c.Q., comme le mentionnent les commentaires du ministre de la Justice, soit celle qui présente des liens plus étroits avec la relation que celle de l'État où réside la partie qui fournit la prestation caractéristique.

---

[663] Voir V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN, 1990 aux pp. 56 et s.

[664] *Ibid*. aux pp. 228-229. On retrouve ici le raisonnement dont nous avons fait état à propos des contrats de consommation.

[665] *Ibid*. aux p. 244-245. On voit donc que Vincent Heuzé établit une sorte de hiérarchie dans les lois applicables. En priorité, sera prise en considération celle de la résidence de l'une des parties, puis à titre subsidiaire, on aura recours à la notion de prestation caractéristique. Adolf Schnitzer avait établi lui aussi un ordre de priorité mais absolument inverse. Il recommandait en premier l'application de la loi du lieu de la partie fournissant la prestation caractéristique et, en dernier recours, « il ne reste que de tenir compte du rôle prépondérant de l'une des parties contractantes, par exemple, de celle qui incite cet échange par annonce dans les journaux spécialisés. ». (A. F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *supra* note 416 à la p. 603).

Le raisonnement est incontestablement circulaire. Ayant formulé un principe très vague à l'article 3112 C.c.Q., le codificateur précise en quelque sorte sa pensée par l'article suivant, en définissant le rapport de proximité. Si, à ses yeux, c'est la loi indiquée à l'article 3113 C.c.Q. qui présente les liens *les plus* étroits, comment une autre loi pourrait-elle présenter des liens encore plus étroits? Il aurait peut-être été plus judicieux, après l'énoncé général de l'article 3112 C.c.Q., d'indiquer des exemples de lois pouvant présenter *des* liens étroits : celle de la résidence de la partie fournissant la prestation caractéristique, celle du lieu d'exécution de l'obligation, celle de la nationalité de l'acheteur, ou autre suggestion du même genre.

Faut-il voir dans le *Code civil du Québec*, comme dans la Convention de Rome, un glissement, une altération de la théorie du « père » de la doctrine de la prestation caractéristique? Établir que le contrat commercial « *est soumis à la loi du lieu où la prestation caractérisant le rapport juridique est due* »[666] est, pour le juriste suisse, la conclusion d'un raisonnement visant à déterminer *la* loi qui a logiquement vocation à s'appliquer, celle ayant justement le lien le plus étroit avec le contrat, celle du lieu constituant son point de gravité. Le but était précisément d'écarter certaines considérations, trop externes à la relation contractuelle. On peut certainement ne pas adhérer à la logique d'Adolf Schnitzer mais dans la mesure où l'on s'y rallie, il nous paraît dommage d'en modifier l'efficacité. Assortir la doctrine d'une présomption nous semble incohérent avec l'essence même, sans jeu de mots, de la solution proposée par le juriste suisse.

Prenons l'exemple donné par Patrick Glenn pour illustrer et justifier le renversement de la présomption en droit québécois :

> si deux contractants montréalais contractent pour la livraison de machinerie lourde à Bromont, dans l'Estrie, livraison qui sera effectuée par l'établissement de l'un des cocontractants situé à St. Albans, dans l'État du Vermont, ce sera le droit québécois qui

[666] A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *supra* note 416 à la p. 479. [Les italiques sont dans le texte original]

> présente les liens les plus étroits avec le contrat malgré la présomption en faveur du lieu d'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique[667].

On propose ici une évaluation purement quantitative et ce faisant, à notre avis, on néglige le fondement de la pensée d'Adolf Schnitzer qui est le rôle ou l'incidence « économique » du contrat. Certes, celui-ci peut avoir des points de contact avec plusieurs sphères juridiques, ce qui est inhérent aux relations transnationales, il ne faudrait pas l'oublier, mais souvenons-nous que, selon la doctrine de la prestation caractéristique, celle-ci est due « là où celui qui s'est chargé de la prestation exerce sa fonction dans la vie économique »[668], indépendamment des autres considérations propres à la situation.

La *Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987* énonce le principe en des termes légèrement différents de ceux contenus à la Convention de Rome et au *Code civil du Québec*:

> 1. À défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.
>
> 2. Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement[669].

Faut-il voir dans l'emploi du terme « réputés » une rigueur supérieure à celle prévue par le texte de la Convention de Rome et par le *Code civil du Québec*[670]? Ayant choisi le terme « présumés », le codificateur québécois laisse entendre que le rattachement à la loi du lieu de la résidence de la partie qui fournit la prestation

---

[667] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 721.

[668] A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *supra* note 416 à la p. 479.

[669] Art. 117.

caractéristique peut être facilement écarté d'autant plus qu'il ne donne aucune mise en garde ou ne restreint pas les possibilités de renversement de présomption. D'ailleurs, les commentaires mêmes du ministre, au sujet de l'article 3113 C.c.Q., confirment la facilité de la chose. En dehors des cas évidents où la prestation caractéristique est impossible à déterminer, « [l]a présomption peut être renversée lorsque l'ensemble des circonstances montre que l'acte présente des liens plus étroits avec un autre État […]. La loi applicable est alors la loi qui présente avec l'acte les liens les plus étroits conformément à l'article précédent ». Tant qu'à faire des commentaires, il aurait certainement mieux valu rappeler et insister à cette occasion sur le principe énoncé à l'article 3082 C.c.Q. : « À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État […] »[671].

Car, justement, le renversement d'une présomption est un phénomène « exceptionnel ». Paul Lagarde s'interroge en ces termes à propos du raisonnement de la Cour d'appel de Versailles dans une affaire où elle avait eu à se prononcer sur la loi applicable à un contrat de cautionnement :

> Toute la question est de savoir si la clause d'exception doit, comme son nom l'indique, demeurer d'application exceptionnelle ou si elle peut être utilisée si largement qu'elle rende purement théorique la présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique[672].

Avant même l'entrée en vigueur de la loi sur le droit international privé suisse, la doctrine, analysant la jurisprudence du Tribunal fédéral, mettait en garde contre

---

[670] Au Québec, à un fait présumé est attachée une présomption légale simple « qui peut être combattue par une preuve contraire » (H. Reid, *supra* note 512, à la p. 434) alors qu'un fait réputé est celui « auquel une présomption légale absolue est attachée, celle-ci ne pouvant être repoussée par une preuve contraire » (*Ibid*. à la p. 485.)

[671] Nous soulignons.

[672] Versailles, 6 février 1991, (1991) Rev. crit. D.I.P. 745 (note P. Lagarde) à la p. 750.

une dérogation trop laxiste au principe général de rattachement en cas de silence des parties :

> Il se peut toutefois, comme l'a déclaré le Tribunal fédéral […], que « les faits du cas particulier peuvent nouer entre le contrat et un autre pays des liens spéciaux, plus étroits que les liens ordinaires ». Dans l'intérêt de la sécurité du droit, cette clause d'exception doit être néanmoins interprétée restrictivement. Il faut se trouver en présence de circonstances tout à fait particulières qui privent le rattachement habituel de sa justification interne. La règle ordinaire de conflit perd son caractère obligatoire lorsque le résultat auquel son application aboutirait serait, dans un cas concret, en contradiction absolue avec la « ratio » de la norme[673].

Pierre Mayer déplore l'absence d'un terme dans le texte de l'article 4 § 5 de la Convention de Rome; pour donner toute son efficacité au rattachement en faveur de la loi de la résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique, « [i]l eût fallu réserver seulement le cas [lorsque la présomption peut être repoussée] où le lien avec un autre pays est *manifestement* plus étroit : l'adverbe fait gravement défaut »[674].

Les tribunaux québécois n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer abondamment sur les articles 3112 et 3113 C.c.Q.[675]. Cependant, un arrêt récent

---

[673] F. Visher, *supra* note 659 à la p. 190.

[674] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 489. [Les italiques sont dans le texte original].

[675] Une recherche sur la banque de données informatisée Azimut donne cinq décisions ayant cité ou utilisé l'article 3113 C.c.Q. Trois d'entre elles concernent des demandes de révision du greffier spécial ayant ordonné de fournir un cautionnement à des sociétés. Les magistrats devaient déterminer où se trouvait la résidence des sociétés. Comme le *Code civil du Québec* ne définit pas le terme « résidence », les juges se sont appuyés sur l'article 3113 C.c.Q. pour faire une analogie entre la résidence de la personne physique et l'établissement de la personne morale. (*Montréal (Ville de)* c. *Dinasaurium Production inc.*, *supra* note 511, *Spar Aerospace Ltd*. c. *American Mobile Corp., supra* note 501 et *Dunn* c. *Wightman*, [1995] R.J.Q. 2210 (C.S.))

Dans *Red Falcon Holdings Ltd*. c. *Yellow Eagle Mining Inc*. (C.S. Montréal 500-17-004315-985, 1999-04-15, AZ-99021464, J.E. 99-975), deux sociétés s'opposaient sur le remboursement de billets à ordre. La défenderesse a présenté une requête pour exception déclinatoire, alléguant que les tribunaux québécois n'avaient pas juridiction et subsidiairement a invoqué le *forum non conveniens*. Comme il avait compétence, le juge Lefebvre s'est demandé s'il devait la décliner. L'un des éléments à prendre en considération à cette étape est, selon lui, la loi applicable au litige. Après avoir cité l'article 3111 C.c.Q. qui indique que le contrat est régi par la loi désignée par les parties, il conclut, à la vue des billets à ordre, que c'est la loi de l'État du Utah qui s'applique. Ensuite, on ne sait pourquoi, il reproduit l'article 3113 C.c.Q. et analyse les divers éléments factuels qui « militent en faveur de la compétence des tribunaux du Utah », pour conclure que « le Tribunal est d'avis que le présent litige a des liens beaucoup plus étroits avec la loi de l'Utah qu'il n'en a avec la loi québécoise et qu'il apparaît clairement au

montre la difficulté que les juges peuvent avoir à appliquer les prescriptions du *Code civil du Québec* devant le silence des parties quant à la loi applicable à leur contrat[676]. Lexus, une compagnie québécoise, conclut une convention de financement avec Oppenheim, une société dont le siège social est en Allemagne. Le contrat ne comporte aucune clause de choix de loi. Prétendant que Oppenheim a failli à ses obligations en ne lui versant pas le solde dû, Lexus la poursuit à Montréal. Le débat judiciaire, tant en première instance que devant la Cour d'appel, porte sur la compétence du tribunal québécois puisque la société allemande a présenté un moyen déclinatoire.

La question de la loi applicable au contrat a été soulevée à l'occasion de l'examen du bien-fondé dans le dossier de la doctrine du *forum non conveniens*. En effet, la Cour supérieure de Montréal s'étant déclarée compétente, le juge Hébert a rejeté la prétention d'Oppenheim fondée sur l'article 3135 C.c.Q., selon laquelle les tribunaux allemands seraient en meilleure position pour trancher le litige, en particulier parce que le contrat devait être soumis au droit allemand. Le juge de première instance a rejeté les arguments de la société allemande et a donné raison à Lexus.

La Cour d'appel, à l'unanimité, renverse le jugement. Elle rappelle les différents critères énumérés par la jurisprudence québécoise pour évaluer si un autre tribunal est en meilleure position pour être saisi du litige. Dans le présent dossier, il y en a plusieurs, d'après les parties. Bien qu'elle ne fasse pas expressément partie de la liste des critères qu'il vient de dresser, le tribunal s'attarde en premier lieu à la nature des activités de Lexus. À cette occasion, il se penche également sur le lieu de paiement. Sans explication, et, soulignons le, alors qu'il n'aborde pas encore la

---

Tribunal que les tribunaux de l'Utah sont beaucoup mieux placés que ceux du Québec pour disposer de ce litige ».

Signalons que le jugement fait l'objet d'un appel. Il faut espérer que la Cour d'appel maintiendra la conclusion de la Cour supérieure mais qu'elle la motivera de façon plus juste et rigoureuse.

Quant à la cinquième décision, tout en invoquant l'article 3113 C.c.Q., c'est la seule, à notre connaissance, qui cite l'article 3112 C.c.Q. Il s'agit de *Oppenheim*, *supra* note 125.

[676] *Oppenheim*, *supra* note 125.

question de la loi applicable, le juge Pidgeon décide de façon un peu surprenante: « À la lumière de la Convention de financement et des communications entre les parties, il apparaît manifeste que la prestation caractéristique du contrat est le financement d'effets de commerce par Oppenheim ».

Ensuite, il étudie la question de la loi applicable au contrat. Sur ce dernier point, le juge Pidgeon rappelle les indices suggérés par le ministre de la Justice en cas de silence des parties prévu à l'article 3112 C.c.Q. et vérifie, dans un premier temps, à l'aide de ce guide, où le contrat a été conclu et où est situé le siège social d'Oppenheim. En plus de ces éléments qui tendent vers l'Allemagne, la Cour constate que la monnaie de paiement est le deutschemark et que le lieu de paiement est l'Allemagne. En conclusion, « la loi applicable à la Convention de financement est celle de l'Allemagne, l'état présentant les liens les plus étroits avec le contrat »[677].

À la suite de la recherche des liens les plus étroits, la Cour vérifie la présomption de l'article 3113 C.c.Q. Or une présomption nous semble constituer la première étape d'un raisonnement. C'est à défaut de succès dans cette étape qu'il faut passer à une autre. En l'occurrence, les articles 3112 et 3113 C.c.Q. incitent à rechercher d'abord qui effectue la prestation caractéristique. Si la détermination est impossible à cause de la nature propre du contrat, comme dans un contrat d'échange, ou en raison des circonstances, comme dans un contrat complexe, c'est à ce moment-là qu'il faut utiliser d'autres critères.

En toute déférence, il nous semble que la Cour d'appel a commis deux erreurs de raisonnement : premièrement, la recherche de la prestation caractéristique n'a sa raison d'être que lorsque l'on se penche sur la question de la loi applicable que ce soit dans le cadre des articles 3112 et 3113 C.c.Q. ou même à l'extrême rigueur dans celui de l'article 3135 C.c.Q.[678] et non lorsque l'on évalue la nature des activités

---

[677] *Ibid.* au § 28.

[678] Toutefois, selon nous, cet élément ne devrait pas entrer en considération dans la recherche du *forum conveniens*. Voir S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, *supra* note 121 en particulier aux pp. 944-945.

d'une partie. Deuxièmement, l'agencement et les termes des articles 3112 et 3113 C.c.Q. imposent que le raisonnement respecte une certaine logique, qui n'a pas été suivie dans la présente affaire. Même si ces « erreurs » ne portent pas à conséquence ici puisqu'un raisonnement plus rigoureux aurait vraisemblablement mené au même résultat, la cause démontre bien toutes les embûches que le codificateur a semées sur le chemin des magistrats.

Pour terminer sur la doctrine de la prestation caractéristique, mentionnons en outre que l'introduction de la technique de la présomption pour la recherche de la loi applicable est pour le moins curieuse. Comme le font remarquer Pierre Mayer et Vincent Heuzé, le « recours à la notion de présomption (réfragable) est lui-même défectueux. Une présomption n'a de sens que pour pallier une difficulté de preuve; or tous les faits qui localisent le contrat sont faciles à prouver; la présomption ne sert donc à rien »[679].

3. Synthèse

L'absence de désignation de loi par les parties semble particulièrement dangereuse dans la mesure où les facteurs de rattachement subsidiaires comportent une grande part d'imprévisibilité.

En les observant sous un angle chronologique, on constate d'ailleurs une contradiction. Les chefs de rattachement qui reposaient sur des éléments localisables géographiquement assuraient, dans la mesure où la localisation était facilement déterminable, une assez grande sécurité quant à la loi applicable. Par exemple, dans les situations où le lieu de conclusion du contrat était évident, la *lex loci contractus* s'imposait sans autre considération et sans hésitation.

---

[679] *Supra* note 36 à la p. 489.

Nous avons vu que ces facteurs de rattachement fondés sur la localisation spatiale sont très mal adaptés aux pratiques commerciales qui se sont développées surtout au XXe siècle. Pour répondre à ces nouvelles réalités, il a fallu faire place à d'autres méthodes, fondées sur la recherche d'un lien, non plus matériel mais surtout intellectuel, entre le contrat et les règles de droit les plus aptes à le régir. Or ces mécanismes en faisant intervenir la subjectivité de tiers extérieurs à la relation contractuelle engendrent une grande insécurité juridique en raison de l'imprévisibilité du résultat.

Le paradoxe pourrait s'énoncer ainsi : les règles les plus anciennes, permettant de déterminer avec certitude la loi applicable, sont impraticables dans le monde moderne alors que les règles actuelles, ayant évacué les éléments inadaptés sont, par bien des points de vue, insatisfaisantes au regard de l'objectif même du droit international privé qu'est la sécurité[680]. On ne peut que le déplorer car « le commerce tolère moins que toute autre activité humaine l'insécurité qu'engendre l'imprévisibilité »[681].

Faut-il en conclure que les relations commerciales internationales ne peuvent s'accommoder que difficilement des mécanismes proposés par le droit international privé? Laissant le soin à d'autres de répondre à cette question, nous nous contenterons de réaffirmer l'importance pour les parties d'exprimer leur volonté.

Conclusion du chapitre II

Le silence des contractants oblige les autorités à qui ils s'adressent en situation litigieuse à prendre en considération des éléments, liés de près ou de loin à

---

[680] « […] l'objectif essentiel du droit international privé est la sécurité […]; il doit fournir […] la réglementation […] dont l'application en l'espèce est la plus conforme aux prévisions des parties ». (P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 13.)

la relation contractuelle. Ces éléments, les facteurs de rattachement, joueront en quelque sorte le rôle de clés permettant d'ouvrir la porte de l'ordre juridique approprié dans lequel elles trouveront la réponse à l'une ou l'autre ou aux deux questions propres au droit international privé.

Nous avons vu que les facteurs traduisent tous un lien entre l'affaire et l'autorité dont on recherche la compétence lorsqu'il s'agit de rattachement juridictionnel et les règles de droit lorsque l'on parle de rattachement normatif. Le lien peut être fonction des personnes impliquées dans la relation ou concerner certaines facettes du contrat lui-même. Dans le premier cas, on pense par exemple au domicile ou à la résidence alors que dans le second, on rappellera entre autres le lieu d'exécution des obligations ou de la conclusion du contrat. Nous avons noté que selon les circonstances et selon l'objectif recherché, le lien peut être plus ou moins lâche. Dans certains cas, il est même presque totalement inexistant.

Les facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs reposent principalement sur des considérations géographiques. Historiquement, cela s'explique dans la mesure où tant les personnes et que la plupart des actes juridiques, de leur formation jusqu'à leur exécution, étaient confinés sur le même territoire, voire sur la même portion de territoire. L'augmentation et la facilité des déplacements a peu à peu fait naître d'autres règles plus adaptées aux besoins nouveaux. Dans la plupart des cas, c'est encore à un élément concret, spatialement déterminable qu'est attribué la fonction localisatrice. Nous avons remarqué que « [d]'une manière générale, la "localisation" de la compétence juridictionnelle est plus matérielle que celle de la compétence au fond »[682]. Effectivement, en matière normative, est de plus en plus utilisé un critère de proximité plus intellectuel qui laisse cependant toute latitude pour faire appel à des éléments très « matériels ».

---

[681] Y. Loussouarn et P. Bourel, *supra* note 637 à la p. 54.

[682] B. Audit, *supra* note 30 à la p. 292.

On aurait pu croire que l'utilisation de facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs contrebalance leur côté arbitraire par l'apport d'un fort degré de certitude pour les parties. Nous avons pu constater qu'il n'en est rien. À la variation normale des règles d'un ordre juridique à un autre, il faut ajouter divers mécanismes qui font intervenir la subjectivité ou du moins la discrétion des autorités appelées à se prononcer. On pense ici aussi bien à une palette de facteurs de rattachement possibles, comme en propose par exemple l'article 3148 C.c.Q. qu'à la possibilité laissée au juge de dépecer le contrat pour lui appliquer des lois différentes comme le permet la Convention de Rome[683]. Si l'objet de ces mécanismes est louable en apportant une certaine souplesse à des règles qui autrement pourraient être inutilement rigides, leur effet est souvent regrettable en terme d'imprévision.

---

683 Art. 4 §1.

Conclusion de la partie 1

Même si elles ne leur sont pas toujours spécifiques, nous avons passé en revue les principales règles de rattachement applicables aux contrats de vente transnationaux en mettant en parallèle les droits québécois, français et européens ainsi que certains textes internationaux à portée plus ou moins étendue.

Nous tirons plusieurs enseignements de cette étude que nous avons choisi de mener en fonction du rôle des parties sur la détermination de la compétence des autorités et sur la désignation de la loi applicable au litige. La caractéristique principale, en quelque sorte le fil conducteur, des règles fondées sur la liberté contractuelle est la limite que le droit lui impose dans certaines situations. Lorsque les parties sont sur un pied d'égalité, au moins théorique, les systèmes juridiques restreignent au minimum son exercice. Les professionnels peuvent librement, ou peu s'en faut, choisir tant l'autorité qui les entendra, qu'elle soit arbitrale ou étatique, que les règles devant régir leur relation. En revanche, le droit se montre nettement plus interventionniste lorsque l'une des parties au contrat est un sujet auquel il accorde une protection particulière. Nous avons vu que dans le cadre des contrats de vente à la consommation plusieurs restrictions empêchent la liberté contractuelle de jouer pleinement. À ce propos, force est de constater que les règles applicables en la matière au contrat de consommation sont extrêmement variables, très diversement interprétées, pour tout dire assez confuses[684], rendant non seulement leur étude difficile mais également leur application concrète incertaine.

Pour ce qui est des rattachement subsidiaires ou objectifs, leur point commun est le fait qu'ils obligent le plus souvent à parler en termes géographiques ou

[684] Pour ajouter à cette confusion, nous verrons dans la troisième partie (ci-dessous à la p. 387 et s.) que la notion même de consommateur ne fait pas l'unanimité.

Parlant de la liberté contractuelle, on pourrait en réalité faire deux distinctions, l'une portant sur la quantité des interventions du droit et l'autre sur leur qualité. Lorsque le droit intervient entre commerçants, il le fait de façon parcimonieuse alors qu'il s'ingère nettement plus en matière de contrat de consommation. D'autre part, les limites

spatiaux. Même si cela n’appelle évidemment aucun commentaire quant à leur bien fondé dans la mesure où il peut difficilement en être autrement, ils s’avèrent fréquemment d’un usage difficile, comme par exemple, dans le cas de contrats complexes ou lorsque la localisation demandée par le droit repose sur un élément qui n’est pas facilement déterminable matériellement.

L’enseignement global de cette étude est que l’exercice de la volonté, qu’il vise le rattachement juridictionnel ou le rattachement normatif, est certainement le plus adapté aux relations qui nous intéressent même s’il comporte son lot d’imprévisibilité et de divergences selon les divers ordres juridiques. En effet, les règles subsidiaires ou objectives présentent de nombreux inconvénients. Bien qu’elles aient dû, par la force des choses, s’adapter au fil du temps aux changements de pratiques et d’habitudes des contractants afin de respecter leurs besoins, elles demeurent généralement insatisfaisantes dans l’optique de relations commerciales internationales saines et efficaces.

applicables aux relations entre professionnels sont – relativement – claires, en tous cas nettement plus que lorsqu’elles touchent au contrat de consommation.

Partie 2 – Un nouvel environnement pour les opérations contractuelles

Introduction

Un juriste français constatant que des auteurs, généralement nord-américains, remettent en question l'adaptation du droit international privé aux relations cyberspatiales, les blâme en ces termes: « La critique serait la bienvenue si elle s'appuyait sur une analyse des difficultés concrètes de mise en œuvre des règles de conflit dans les litiges du cyberespace[685] ». La volonté de ne pas risquer d'encourir un pareil reproche justifie cette seconde partie où nous présenterons principalement les « difficultés concrètes » liées au cyberespace dont, dans la partie 3, nous évaluerons l'impact en droit international privé.

L'analyse des difficultés présuppose d'abord, afin de mieux les cerner ensuite, une bonne connaissance et une compréhension du nouvel environnement (Chapitre I). Même si nous ne prétendons pas être en mesure d'en révéler tous les détails, nous tenterons d'exposer comment fonctionne le monde numérique. À cette occasion, nous nous efforcerons de redonner un sens exact aux termes utilisés dans le domaine, souvent employés à mauvais escient. Les nouvelles techniques[686] et l'environnement qu'elles créent étant déjà en eux-mêmes passablement complexes, il faut éviter d'y ajouter des ambiguïtés linguistiques. Au delà du seul souci d'exactitude lexicographique, la désignation précise des éléments est nécessaire puisque « il y a rétroaction permanente entre le langage, ses locuteurs et les concepts qu'il véhicule »[687]. Si, pour un usage courant, la confusion entre certains termes ne porte

---

[685] O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), novembre 2001 à la p. 22.

[686] Parlant de termes, si « technologie » est celui généralement utilisé, il n'en est pas moins inexact, et ce, aussi bien en français qu'en anglais (*technology*). Dans les deux langues, le mot désigne la *science* ou l'*étude* des techniques, des composants électroniques, etc., le suffixe « logie » servant à désigner « des sciences, des études méthodiques » (*Le nouveau Petit Robert*, 2000, *s.v.* « logie »). La technologie est à la technique ce que la sociologie est à la société ou la laryngologie au larynx.

[687] E. Didier, *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990 à la p. 1.

pas à conséquence, en revanche, comment manier des concepts juridiques[688] si l'on ne s'entend pas sur les objets sur lesquels ils reposent?

Tout le monde admet que le cyberespace, les réseaux constituent de nouvelles techniques. En revanche, les avis sont partagés sur ce qu'elles créent. Pour les uns, il ne peut s'agir que de moyens de communications; pour les autres, n'aurait-on pas plutôt affaire à un nouvel espace? Examinant les arguments des uns et des autres, nous chercherons alors à déterminer la nature du cyberespace et de ses composantes, puisque de l'une ou l'autre des qualifications découlent des conséquences différentes sur le plan juridique.

En somme, décrire et analyser le monde virtuel et ses particularités constitue une étape obligée, préalable à la réflexion sur ce qu'ils engendrent, entre autres, une nouvelle façon de commercer. Le chapitre suivant (chapitre II) portera donc sur les contrats de vente cyberspatiaux. Guidée par la scission connue dans le monde réel, nous verrons dans quelle mesure la technique répond aux attentes ou modifie le commerce de consommation ainsi que les opérations entre professionnels. Il s'agit là en quelque sorte d'un état des lieux qui nous mènera ensuite plus spécifiquement à l'objet de notre étude : le contrat cyberspatial.

Tout en respectant la très classique division entre fond et forme des actes juridiques, nous pointerons les principaux problèmes posés par les contrats conclus et parfois exécutés dans le cyberespace. Nous profiterons de ces deux étapes de la vie contractuelle pour examiner certains éléments que le droit international privé utilise afin de rattacher les questions soulevées lors de ces phases contractuelles à une sphère juridique donnée. Le droit international privé oblige en premier lieu à un exercice de localisation[689]. Celui-ci repose souvent sur des données concrètes et palpables, même si elles ne sont pas toujours aisées à déceler dans le monde

---

[688] En la matière, il s'agira parfois de vérifier l'adéquation entre nouveautés techniques et concepts juridiques traditionnels, parfois d'actualiser certains d'entre eux, parfois, peut-être, d'en imaginer de nouveaux.

traditionnel. Il suffit de penser au lieu d'exécution d'une obligation[690] ou au lieu de conclusion du contrat[691]. Nous tenterons d'évaluer dans quelle mesure, en raison des caractéristiques cyberspatiales, elles constituent et entraînent des difficultés particulières dans le cadre du monde virtuel. Certains législateurs ayant déjà tenté de les résoudre, nous en présenterons alors les solutions.

---

[689] « Démarche qui consiste à situer un rapport de droit dans la sphère d'application d'un système juridique dans le but de pouvoir déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente » (H. Reid, *supra* note 512 à la p. 342.)

[690] Art. 3113 et 3148 C.c.Q.

[691] Art. 3114 C.c.Q.

Chapitre I. Présentation du cyberespace

À l'heure actuelle, dans le monde occidental au moins, le cyberespace fait indiscutablement partie de la vie quotidienne. Tout le monde en parle, bon nombre d'individus y circulent et plusieurs « scientifiques » réfléchissent à son impact et aux multiples facettes qu'il présente. À notre avis, il ne suffit pas de prendre acte de la nouveauté, même si elle est devenue banale, pour chercher à en tirer des conclusions. Un examen détaillé du fonctionnement ainsi qu'une analyse minutieuse des modifications que la technique engendre sont nécessaires pour asseoir le raisonnement.

C'est ce que nous chercherons à faire dans ce premier chapitre. Lorsque nous présenterons la technique (section 1), nous n'entendons pas nous livrer à des explications qui relèvent de l'informatique, ce qui dépasserait nos compétences. Nous nous attacherons davantage à rappeler les raisons de la création de ce nouvel environnement permettant des moyens de communication inédits et à en présenter les caractéristiques et les particularités. Ce sont d'ailleurs ces particularités qui nous permettrons, dans la troisième partie de cette étude, d'évaluer la pertinence des règles juridiques actuelles et la nécessité éventuelle de les modifier ou d'en adopter de nouvelles.

Ensuite, nous nous demanderons ce que crée cette nouvelle technique. En d'autres termes, d'un point de vue conceptuel, nous nous interrogerons sur la nature du cyberespace (section 2). Cette réflexion est indispensable à notre propos car elle peut mener à deux options possibles. On vérifiera donc dans quelle mesure le cyberespace peut être considéré comme un espace en soi, avec tout ce que cela implique en termes de localisation, élément clé dans notre matière. On pourrait en revanche conclure que le cyberespace constitue un moyen de communication qui permet d'établir des relations, notamment contractuelles. Dans l'un et l'autre cas, les répercussions en termes de droit international privé seront différentes.

Section 1 – La technique

Les développements qui suivent ont comme objectif une présentation générale de la technique qui permet maintenant aux hommes de commercer. La description en est nécessaire afin de cerner en quoi consiste la nouveauté tout en faisant ressortir en quoi elle se distingue des voies traditionnelles.

1. Brève histoire du cyberespace

Le terme « cyberespace » est emprunté à un roman de science-fiction que William Gibson écrivit en 1984[692]. De nos jours, il désigne un « lieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses »[693]. Au Québec, l'Office de la langue française fait remarquer que le « terme "cyberespace" est parfois utilisé dans le sens de "monde virtuel" »[694]. On peut également dire que le terme cyberespace « [s]ert à

[692] W. Gibson, *Neuromancer*, New York, Ace Books, 1984.

[693] Office de la Langue Française, en ligne : <http://www.olf.gouv.qc.ca/index.html?/ressources/internet/index/index.htm> (consulté le 29 mars 2000). Au Québec, l' « Office de la langue française [OLF] est un organisme gouvernemental chargé de faire la promotion du français. De cette mission découle son mandat qui est, d'une part, de voir à l'implantation et au maintien du français dans les milieux de travail et des affaires de même que dans l'Administration et, d'autre part, de définir et de conduire la politique québécoise en matière de linguistique et de terminologie ». Voir en ligne : <http://www.olf.gouv.qc.ca/index.html?/ressources/termino/ressling.html> (consulté le 2 mai 2001).

L'équivalent français de l'OLF est la Délégation générale à la langue française (DGLF) dont la mission est de « veiller à la promotion et à l'emploi du français sur le territoire national, de favoriser son utilisation comme langue de communication internationale et de développer le plurilinguisme garant de la diversité culturelle » (en ligne : <http://www.culture.fr/culture/dglf/> consulté le 5 mai 2001). Le site de la DGLF permet d'accéder aux « listes des termes de l'Internet », publiées au Journal officiel du 16 mars 1999 et à celui du 1er septembre 2000. Il est surprenant de constater que le terme « cyberespace » y est inconnu. Le terme n'apparaissait pas non plus dans l'édition du 10 octobre 1998 du Journal officiel, comportant la « liste des termes, expressions et définitions du vocabulaire de l'informatique ». Le site de la DGLF permet également d'accéder au « Répertoire terminologique 2000 », publié au Journal officiel du 22 septembre 2000. On n'y trouve également aucune entrée pour le terme « cyberespace ».

[694] Office de la Langue Française, *supra* note 693.

désigner l'univers numérique constitué de réseaux d'ordinateurs, en particulier le réseau Internet »[695].

Effectivement, on ne peut parler de cyberespace sans commencer par se pencher sur la notion de réseau numérique. Bien qu'il soit maintenant vieux d'un quart de siècle, il n'est pas inutile de rappeler comment s'est développé l'Internet, « réseau de réseaux »[696] et quels en sont les mécanismes ainsi que les caractéristiques.

À la fin des années 1960, le ministère de la défense des U.S.A. et les chercheurs universitaires américains ressentent le même besoin. Les uns et les autres veulent pouvoir faire circuler des informations, chacun dans leur communauté. Pour le premier, il s'agit de bâtir une infrastructure « qui soit capable de résister à une déflagration nucléaire »[697]; pour les autres, il était intéressant de pouvoir se transmettre et s'échanger rapidement des données scientifiques « en supprimant les barrières imposées par la géographie »[698].

---

[695] Netglos, en ligne : <http://wwli.com/translation/netglos/glossary/french.html> (consulté le 29 mars 2000).

[696] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. INTR – 3.

[697] J.-J. Lavenue, *supra* note 10 à la p. 813. Dans le même sens : A. Dufour, *Internet*, 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1996; M. Yolin et J.-C. Merlin, « Internet et PME : mirage ou opportunité? Rapport auprès du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie [France] », en ligne : <http://www.evariste.org/yolin/2001/sommaire.html> (consulté le 3 mars 2002).

Il semble qu'en réalité, à l'origine, l'objectif du département américain de la Défense n'ait pas été strictement lié au risque d'attaque nucléaire. D'après Louis Pouzin, le créateur du réseau Cyclades, « agiter une menace atomique, en pleine guerre froide, est un bon moyen d'obtenir des financements de la part du congrès…vingt millions de dollars » (« Autrans'98 – Interviews, Louis Pouzin, le "père" du réseau Cyclades », en ligne : <http://www.isoc.asso.fr/AUTRANS98/lpouzin.htm> consulté le 3 mai 2001). Quelqu'un pour qui le lien entre la naissance de l'Internet et la protection contre les attaques nucléaires est également un mythe, estime qu' « [e]n fait Internet a toujours été un réseau dédié à la recherche, mais ce n'est pas assez sulfureux pour que cette version soit répandue. » (En ligne : <http://aemiaif.lip6.fr/wlfo/prj/jargonf/I/Internet.html> consulté le 4 mai 2001).

Deux auteurs ont écrit un livre entier afin de « rétablir la vérité sur les destinées civiles, dès l'origine, de l'Internet ». (F. Filloux, « Préface » dans K. Hafner et M. Lyon, *Les sorciers du Net. Les origines de l'Internet*, Paris, Calmann-Lévy, 1999 à la p. 12.) Nos propos ne nous obligent pas à prendre position sur la véritable motivation à l'origine de l'Internet.

[698] J.-J. Lavenue, *supra* note 10 à la p. 813.

Ainsi naquit l'Arpanet, en 1969[699]. Le système consiste en un réseau de communication « à structure maillée »[700], sans point central et où la destruction ou la panne de l'un des ordinateurs n'empêche pas les autres de rester connectés entre eux et de continuer d'assurer la transmission des données. Les informations véhiculées sur le réseau sont fragmentées en « paquets » indépendants, chacun pouvant suivre un chemin différent d'un autre. Le 21 novembre 1969, le premier branchement entre ordinateurs – quatre – a été effectué à partir de l'Université de Californie à Los Angeles, établissant une liaison entre cette université, celle du Utah, celle de Santa Barbara et l'Institut de Recherche de Stanford.

Ailleurs, en France précisément, un autre réseau était apparu, qui avait son propre langage, ses propres normes[701]. Il devint donc nécessaire de concevoir des protocoles de communication communs afin que divers réseaux puissent se connecter entre eux. C'est à cette fin que Vinton Cerf mis au point l'Internet[702].

---

[699] L'Arpanet est le réseau de l'*Advanced Research Project Agency*, agence créée par le ministère américain de la défense. Tout allant très rapidement dans le monde cyberspatial, un auteur parle de cette époque en l'appelant la « préhistoire du réseau » (A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 25.)

[700] *Ibid*. à la p. 28.

[701] Cyclades, créé en 1972 et opérationnel en 1974 et qui avait pour objectif de relier entre elles les bases de données des grandes administrations françaises. (Voir l'interview de l'inventeur du réseau Cyclades, *supra* note 697). Cyclades fut ensuite remplacé quelques années plus tard par le réseau Transpac, créé par les PTT.

[702] Si, comme nous le verrons plus loin, les questions juridiques liées aux réseaux font l'objet de nombreux débats doctrinaux, la linguistique n'est pas en reste. Faut-il dire « Internet » ou « l'Internet »? Alain Bensoussan rapporte que « [p]our Robert Cailliau, l'ingénieur du CERN dont les travaux sont à l'origine du protocole hypertext, l'Internet est désormais le terme consacré. Selon lui, "la France est le seul pays où l'on dit « sur Internet » au lieu de « sur l'Internet ». On n'a donc toujours pas compris que l'Internet est une idée et non pas une marque de boisson américaine" » (A. Bensoussan, dir., *Internet, aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1996 à la p. 14, note 1.)

Au Québec, l'Office de la Langue Française indique : « Le terme "Internet" a été formé à partir de l'anglais "INTERconnected NETworks" (ou de "INTERconnection of NETworks", selon certains) équivalant à "réseaux interconnectés" (ou à "interconnexion de réseaux"). Il n'a pas été construit, comme on le croit parfois, à partir de "International Network". L'internationalisation d'Internet s'est faite peu à peu et elle se poursuit toujours d'ailleurs. […]En anglais, on utilise l'article défini "the" lorsqu'on veut désigner le réseau Internet, ceci afin de le différencier des autres regroupements de réseaux qui n'utilisent pas TCP-IP (qui sont alors écrits avec un "i" minuscule : "internet"). En français cependant, l'utilisation de l'article n'est pas nécessaire devant le mot "Internet" qui est considéré comme un nom propre; sans compter qu'il existe un terme précis ("interréseau") pour désigner les regroupements de réseaux n'utilisant pas TCP-IP. Par ailleurs, sous l'influence de l'anglais, on utilise de plus en plus l'article défini devant "Internet", en français. On ne peut condamner cette pratique puisque "Internet" peut être considéré comme une forme abrégée du terme "réseau Internet" qui, lui, commande l'article. Enfin, l'utilisation de l'article peut aussi constituer l'expression stylistique du fait qu'Internet est considéré comme LE réseau des réseaux. » (Office de la Langue Française, *Terminologie d'Internet*, en ligne : <http://www.olf.gouv.qc.ca/ressources/internet/fiches/2074841.htm> consulté le 28 mars 2000)

Le terme « Internet » a été adopté par la Commission générale de terminologie et de néologie de France et a paru au « Journal officiel de la République française » dans un avis daté du 16 mars 1999.

L'architecture internationale se présente sous la forme d' « un ensemble de réseaux autonomes interconnectés par des passerelles. Les sous-réseaux fédérés doivent disposer d'une grande indépendance, semblable à celle des différentes machines formant Arpanet »[703].

Parlant des relations qui nous intéressent particulièrement, il convient de présenter également l'échange de données informatisées ou EDI[704] qui, historiquement, a été le premier « outil » dont se sont servis les commerçants fréquentant le cyberespace mais qui aujourd'hui, comme nous aurons l'occasion de le mentionner, perd de son importance.

Très utilisé dans le monde commercial, « l'EDI représente un médium s'intégrant dans la famille des modes de communication à distance »[705]. Il s'agit d'un procédé par lequel deux ordinateurs communiquent directement entre eux, permettant donc « en certaines circonstances de déléguer à une machine, à un logiciel, la conclusion d'actes traditionnellement dévolus aux seuls être[s] humains »[706]. En effet, dans ce cas, « l'émission et la réception des messages sont automatisées, ainsi que la prise en compte du contenu des messages dans les systèmes d'information, sans intervention humaine »[707]. Les échanges entre machines sont « fortement structurés [et s'opèrent] entre des professionnels intervenant dans le même secteur économique et entretenant des relations continues : il[s] porte[nt] sur des messages standardisés comme la commande, la facturation, le paiement »[708]. Les ordinateurs communiquent entre eux selon un

---

[703] A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 29.

[704] En anglais *Electronic Data Interchange*. Pour des explications et descriptions sur ce sujet, voir entre autres M. Langlois et S. Gasch, *Le commerce électronique B to B – de l'EDI à Internet*, Paris, Dunod, 1999.

[705] V. Gautrais, «Une approche théorique des contrats: application à l'échange de documents informatisé (EDI)», (1996) 37 C. de D. 121 à la p. 133.

[706] V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 219.

Les EDI permettent l'échange et la transmission de 800 types différents de documents d'affaires. (Voir en ligne : <http://www.negotium.com> consulté le 10 octobre 2000).

[707] M. Langlois et S. Gasch, *supra* note 704 à la p. 2.

[708] J. Huet, « Le commerce électronique » dans Pierre HUET, dir., *Le droit du multimédia – De la télématique à Internet*, Paris, Les Éditions du Téléphone, 1996, 209 aux pp. 228-229.

langage, un protocole commun, dont le plus utilisé est Edifact, norme établie par les Nations Unies.

Les échanges de données par EDI se font en cercle fermé puisque le but en est de partager des informations avec des partenaires déterminés[709]. Une « communauté EDI » est donc constituée d'une entreprise et de ses partenaires, les sous-traitants, par exemple. Si, une fois la relation EDI lancée, les partenaires, les humains, n'ont plus à intervenir dans le domaine qu'elle gère, évidemment, au préalable ils ont dus se mettre d'accord sur plusieurs points. « Les parties devront au minimum s'accorder sur le standard utilisé (EDIFACT ou ANSI par exemple). Elles prévoiront généralement un certain nombre de modalités supplémentaires selon des degrés de précision variables. Le contrat par EDI ne s'improvise donc pas »[710]. Les partenaires concluent préalablement à l'utilisation de l'EDI un contrat d'interchange, « qui régit les relations télématiques »[711] entre eux. On y retrouve des clauses portant sur divers aspects de la relation :

> validité et formation des contrats commerciaux; organisation des moyens de preuve; règles sur l'utilisation des accusés de réception; règles de sécurité sur les messages; confidentialité et protection des données; règles de conservation des message; exigences opérationnelles; exigences techniques; responsabilité; règlement des litiges; loi applicable[712].

---

[709] Par exemple, la caisse d'un magasin est un ordinateur qui, selon les achats, transmet par EDI des informations et des commandes aux fournisseurs. « Ainsi, les ordinateurs installés dans les boutiques Benetton enregistrent et transmettent, en temps réel, aux usines, les caractéristiques des chandails les plus demandés. La firme attend le dernier moment pour les teindre et peut adapter sa production au goût changeant de la clientèle » (F. Pisani, « Les frontières du cyberespace », Internet–L'extase et l'effroi, *Le Monde diplomatique, Manière de voir* Hors-Série, Octobre 1996 à la p. 14.)

[710] V. Gautrais, *supra* note 705 à la p. 151.

[711] M. Langlois et S. Gasch, *supra* note 704 à la p. 230.

[712] *Ibid*. à la p. 230.

En 1994, la commission européenne a adopté une recommandation au sujet d'un accord type européen pour l'échange de données informatisées (EDI)[713], pour mettre fin à « la diversité et [à] l'incohérence des "accords d'interchange" [élaborés] par les utilisateurs de l'EDI »[714].

Vincent Gautrais constate que « la pratique des contrats par ce médium s'effectue dans un cadre de coopération » et que ceux-ci sont « répétitifs, effectués quotidiennement, s'intégrant davantage dans un processus de gestion de données économiques, telles que l'offre, la demande, les stocks disponibles, plutôt que d'une mise en avant d'une volonté, isolée, indépendante d'un cadre plus général »[715].

À l'heure actuelle, une complémentarité est possible entre l'échange de données électroniques et l'Internet :

> Dans un échange de données électroniques entre systèmes d'informations hétérogènes utilisant le langage Edifact, il y a production d'un jeu de documents électroniques regroupant, sous une forme convenue (la syntaxe Edifact), des fichiers objets multiformats, des données à destination des applicatifs (données applicatives), et des données à destination des modules logiciels chargés de gérer la transmission (données de services). Toutes des données sont regroupées dans des messages, puis dans des groupes de messages qui sont eux-mêmes inclus dans des interchanges.
>
> Les données et les fichiers échangés sont finalement rassemblés dans un « colis électronique » Edifact contenant des « messages » normalisés de fichiers. Ce colis sera acheminé par un réseau qui peut être Internet[716].

---

[713] Recommandation n° 94/820 du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, *JOCE n° L*. 338 du 28 décembre 1994. Le texte de l'accord est reproduit dans L. Bochurberg, *Internet et commerce électronique*, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 290.

[714] Télécommunications, services et industrie de l'information, Bulletin UE 10-1994, en ligne : <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/9410/p102073.htm> (consulté le 29 mars 2000).

[715] V. Gautrais, *supra* note 705 à la p. 135.

[716] M. Langlois et S. Gasch, *supra* note 704 à la p. 6.

Cette combinaison de l'EDI avec le réseau s'explique par l'avantage que cela représente pour les commerçants :

> Vis à vis des fournisseurs ou des clients, la mise en place d'une solution d'échange de données informatisé (EDI) apporte de nombreux avantages à l'entreprise industrielle. Fluidité et réactivité dans la chaîne des prises de commande en sont deux principes fondamentaux. Aujourd'hui, la combinaison de l'EDI avec les technologies Internet favorise également une baisse des coûts, entre autres par la globalisation de la stratégie d'achats des entreprises concernées et la standardisation des processus administratifs. Le recours à un cybercatalogue, comprenant éventuellement des images et des fiches techniques, permet une prise de commande plus sûre avec un faible taux d'erreurs. D'autre part, l'accès se fait au moyen du réseau téléphonique traditionnel via un modem et les protocoles internet standards[717].

Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'EDI tend à être remplacé par d'autres modèles de commercialisation interentreprises.

2. Précisions terminologiques

La lecture de la littérature liée au cyberespace – qu'il s'agisse de textes scientifiques, techniques, juridiques ou de vulgarisation – permet de constater que les auteurs ne s'entendent pas en matière terminologique. Pour bon nombre de personnes, plusieurs termes sont synonymes. Il en va ainsi d' « Internet » et de « cyberespace », auxquels on assimile parfois le Web[718] et les inforoutes dans un

---

[717] François MOREL, « L'EDI coopère davantage grâce aux extranets et intranets achats », le 27 septembre 1999, en ligne : <http://www.journalinformatique.com/99sept/990927extranetedi.shtml> (consulté le 6 avril 2000).

[718] Le « Web » est le raccourci usuel de l'expression « World Wide Web », textuellement : toile d'araignée mondiale. On appelle quelquefois ce service W3 et parfois la Toile. Bien que nous préconisions l'usage le plus fréquent possible des termes français, en l'occurrence, nous ferons une exception. En premier lieu, le terme français est assez peu utilisé, moins que « courriel » par exemple; ensuite, bien qu'en France la Commission générale de terminologie et de néologie ait adopté les expressions « site de la toile » et « site sur la toile » pour traduire *Web site*, elles ne semblent vraiment pas être passées dans le langage habituel, même des plus puristes des francophones. Afin donc de conserver une cohésion des termes, nous utiliserons l'expression « site Web », recommandée par l'Office de la langue française (*supra* note 693) ainsi que le terme « Web ».

magma linguistique sans forme ni nuances. Nous pensons que pour aider à la compréhension d'une matière suffisamment complexe en elle-même, la précision terminologique s'impose.

2.1 Les réseaux

À la base se trouve le réseau, soit un lien entre plusieurs ordinateurs, grâce auquel ils échangent des informations. Des auteurs font justement remarquer que « [l]e réseau est l'élément névralgique de cet environnement virtuel […] »[719]. Arpanet, comme nous l'avons dit, en est l'exemple le plus ancien. Le réseau peut être soit « local », lorsqu'il relie les ordinateurs d'un même immeuble soit « longue distance » ou « étendu » dans le cas où les machines sont situées en différents points de la terre.

L'Internet, lui, est un réseau de réseaux, dans la mesure où il assure la connexion entre différents réseaux d'ordinateurs « en utilisant un protocole de transmission et de communication constituant un langage commun »[720]. Il s'agit d'un réseau « ouvert » puisque quiconque possède un ordinateur, un modem et un logiciel de connexion peut s'y relier, après avoir requis les services d'un fournisseur d'accès. Chaque ordinateur dispose de sa propre identification sur l'Internet, ce qui équivaut à une adresse et que l'on appelle d'ailleurs « adresse IP »[721], composée de quatre nombres – octets – séparés par des points. « L'attribution des plages d'adresses IP est placée sous la responsabilité de l'IANA (Internet Assigned Numbers Authority) qui la délègue à des organismes gérant les registres Internet »[722].

---

[719] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 2-2.

[720] L. Bochurberg, *supra* note 713 à la p. 9. Le langage commun est le TCP-IP (*Transmission Control Protocol-Internet Protocol*).

[721] IP= Internet Protocol.

[722] A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 17. Jusqu'à il y a peu, la gestion des noms de domaines relevait exclusivement de l'IANA, en vertu d'un mandat *ad hoc* confié par le gouvernement américain. À l'heure actuelle, les noms de domaines sont sous la responsabilité de l'ICANN, l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. L'ICANN, organisme international à but non lucratif, a été créé en 1998, à la suite d'un accord entre Européens et Américains et est en opération depuis 2000. Même si l'ICANN devait prendre le relais de l'IANA, il ne semble pas que cet organisme ait cessé ses activités. (Voir notamment

Il faut savoir que les utilisateurs individuels n'ont pas d'adresse IP fixe. C'est le fournisseur qui en attribue une à la demande, c'est-à-dire lors de chaque session, selon les plages qui lui sont disponibles. Autrement dit, à chaque branchement, l'utilisateur a une identification cyberspatiale différente[723]. En revanche, les entreprises, les administrations, les institutions ont une adresse propre et constante.

L'Intranet est une sorte d'Internet « fermé » puisqu'il relie les ordinateurs d'une société ou d'une organisation tout en offrant les mêmes fonctionnalités que l'Internet, soit le partage de fichiers, l'acheminement de courrier, etc. N'y accède pas qui veut car l'Intranet est protégé du monde extérieur par un coupe-feu[724].

Afin d'établir des contacts avec d'autres entreprises s'est développé l'extranet qui

> constitue une extension des applications intranet aux ressources du réseau Internet : site web, messagerie, news, applications informatiques. Les clients peuvent ainsi accéder aux ressources internes de l'entreprise sous certaines conditions. Fournisseurs, sous-traitants, consultants et autres partenaires de l'entreprise peuvent être intégrés à son activité sans considération de l'espace et travailler en temps réel[725].

En fait, l'extranet relie au moins deux intranets entre eux :

> Il s'agit de la connexion entre deux intranets au moins. Si l'on considère l'intranet comme le réseau interne d'une entreprise qui permet à des utilisateurs internes de communiquer entre eux et

---

<http://www.icann.org/general/abouticann.htm>, <http://www.renater.fr/Projets/ICANN/>, <http://www.rfi.fr/Kiosque/Mfi/Autrans/samedi/fiches/fiche41.htm> consultés le 21 avril 2001)

[723] Cette fluctuation engendre des problèmes d'identification. Il est possible de retracer celle de l'utilisateur puisque le fournisseur d'accès a les moyens de savoir quelle personne a été branchée et à quel moment, en se fondant justement sur le numéro de la plage qu'il lui a attribuée. Il nous semble cependant que cette méthode donne relativement peu de renseignements sur le cybernaute. Si l'on en croit ce que se pratique au Québec, les renseignemnets que l'abonné fournit à son fournisseur de service sont réduits au strict minimum, aucune identification officielle n'étant exigée.

[724] Terme utilisé par l'Office de la langue française pour traduire *firewall*. (*Supra* note 693).

[725] L. Bochurberg, *supra* note 713 à la p. 195.

> d'échanger des renseignements, un extranet peut se définir comme le lien entre cet espace virtuel et l'intranet d'une autre entreprise, ce qui permet à ces deux entreprises (ou plus) de communiquer en privé et en toute sécurité et de partager des ressources sur Internet dans leur propre espace virtuel. La technologie de l'extranet améliore beaucoup les communications interentreprises entre associés et avec les fournisseurs, les distributeurs ou les clients[726].

L’extranet a donc, d’une certaine façon, un rôle similaire à l’EDI dans la mesure où il relie une entreprise à ses clients et fournisseurs. Pour certains, le premier va d’ailleurs remplacer le second d’ici peu. C’est par l’extranet, plutôt qu’en réseau ouvert, que se fait la grande majorité des opérations commerciales entre commerçants. Cependant, l’internet est également utilisé à cette fin.

2.2 Les services

Le Web se situe à un autre niveau puisqu’il n’est pas un réseau mais désigne un service proposé sur l’Internet, au même titre que WAIS ou FTP[727]. Le Web est le service qui permet d’avoir accès à un gigantesque ensemble de documents stockés sur des ordinateurs dispersés dans le monde entier. Les documents sont composés d’images, de textes, de sons.

Le courrier électronique est également un service accessible par l’Internet, proposé sous différentes formes. Il peut être indépendant du Web et offert comme « service minimum […] par tous les fournisseurs d’accès »[728]. Des services de messagerie électroniques sont aussi accessibles par le Web[729].

Quant aux autoroutes de l’information ou inforoutes, il s’agit d’

---

[726] En ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/sc_indps/sectors/frndoc/section3.html> (consulté le 10 octobre 2000).

[727] Pour une présentation détaillée des services, voir ci-dessous à la p. 236.

[728] A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 47.

[729] Par exemple, <http://www.hotmail.com>, <http://mail.yahoo.com> ou < http://mail.justice.com>.

> infrastructures terrestres susceptibles de transporter, sur des réseaux à larges bandes, à une vitesse beaucoup plus rapide que le traditionnel réseau téléphonique, des flux plus importants de données en tout genre (son, image fixe ou animée, texte…) grâce au développement de la numérisation, associé à celui de la fibre optique[730].

2.3 Réseaux + services = cyberespace

Il faut donc se garder de tout confondre. Il y a lieu de distinguer d'une part les liens que sont les réseaux numériques en tous genres, et d'autre part les services qui permettent d'utiliser ces liens ou que l'on peut utiliser grâce à ces liens. L'ensemble des liens et des services se situent dans le cyberespace. Pour le philosophe Pierre Lévy, « [l]es réseaux ressemblent à des routes et à des rues; les ordinateurs et les logiciels de navigation sont les équivalents de la voiture individuelle; les sites web sont comme des boutiques, des bureaux et des maisons »[731].

Affinons la comparaison en la développant un peu, ce qui permettra de rendre à chaque élément sa fonction. Selon notre vision, les ordinateurs ne sont pas des moyens de transport, comme le propose Pierre Lévy, mais seraient des places de villages avec des maisons, des boutiques, des lieux publics, habités, occupés, utilisés par des êtres humains qui se livrent à des activités, privées et publiques, intellectuelles et manuelles, etc.

Les places d'un même village sont reliées par des petits chemins. Ceux-ci constituent des réseaux locaux. Différents groupes de places ainsi reliées sont eux-mêmes liés entre eux par des artères plus importantes. L'ensemble de ces artères représente l'Internet. Évidemment, sur ces artères, circulent des véhicules, les uns petits, les autres de taille plus considérable. Certains sont équipés pour transporter uniquement du courrier (messagerie électronique), d'autres du matériel (FTP, par exemple) et plusieurs ont des capacités multiples (Web). Ils sont conduits par des

---

[730] A. Bensoussan, *supra* note 702 à la p. 16.

[731] P. Lévy, *World Philosophie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000 à la p. 58.

spécialistes en la matière, les uns aptes à délivrer des lettres et des petits colis, les autres étant des techniciens capables de transférer des données et les derniers nettement plus polyvalents.

Les habitants des places peuvent rester chez eux ou décider d'ouvrir celle de leurs portes qui débouche sur le réseau et qui s'ouvre avec une clé ou un code spécial, ce qui les empêche de l'ouvrir par hasard ou par erreur. Ils peuvent sortir pour remettre une lettre au spécialiste du courrier ou s'en faire transmettre une, aller chercher un logiciel chez un de leurs amis qui habite une autre place. Le libraire du village, qui a numérisé l'ensemble de son inventaire, donne au conducteur du plus gros véhicule les œuvres de tous les auteurs russes du XIXème siècle à remettre à un client à l'autre bout du monde qui les lui a commandées il y a quelques minutes. Dès que ces personnes ouvrent leur porte codée, elles pénètrent dans le cyberespace.

3. Caractéristiques originales

Avant de présenter succinctement quelques caractéristiques techniques des relations cyberspatiales, il convient de rappeler une particularité propre au cyberespace lui-même. Celui-ci n'a pas d'autorité centrale – il n'a d'ailleurs pas physiquement de « centre » – et n'appartient à personne. Certains des réseaux qui l'empruntent sont, comme lui, sans autorité centrale. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'Internet est décrit comme un « réseau ouvert ». En cela, il s'oppose aux réseaux dit « fermés » ou « réseaux propriétaires, ceux dont l'accès est contrôlé par une entité identifiable »[732]. On pense ici à American On Line (A.O.L.), par exemple ou

[732] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 2-20.

au réseau S.W.I.F.T.[733] qui regroupe un très grand nombre de banques dans le monde et qui permet de gérer les transactions bancaires.

3.1 L'interactivité

Rares sont les auteurs qui ne manquent pas de souligner ou de relever le caractère interactif des communications effectuées par le biais des réseaux[734].

On peut définir l'interactivité comme le fait que des gestes, des actes se répondent et alternent. La rencontre physique ou une conversation téléphonique constituent deux exemples de situations permettant l'interactivité entre deux, voire plusieurs être humains, chaque participant pouvant jouer un rôle actif dans la relation.

Pour Pierre Trudel et son équipe,

> grâce aux inforoutes, il est possible d'interagir en direct avec d'autres usagers, mais aussi avec une multitude de sources d'informations. Les communications "en ligne" sont interactives en ce sens qu'elles permettent aux usagers de retrouver l'information qu'ils désirent et de choisir les types de communications dans lesquels ils veulent s'engager[735].

Cette explication de l'interactivité nous semble peu convaincante, même si elle est assez communément répandue en la matière. L'illustration permet simplement, à notre avis, de suggérer que l'usager est plus actif dans sa cueillette d'informations que lors d'autres activités. Si nous faisons un parallèle souvent utilisé avec la télévision, nous pensons qu'en terme d'activité, le cybernaute a simplement une marge de manœuvre plus large que le téléspectateur. En effet, le premier peut

---

[733] *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*.

[734] Voir notamment P. Deprez et V. Fauchoux, *Lois, Contrats et Usages du Multimédia*, Paris, Éditions Dixit 1997; V. Gautrais, *supra* note 18; Y. Poullet, *supra* note 20; A. Salaün, « Les transactions commerciales sur Internet », en ligne <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/transcomm.pdf> (consulté le 12 mars 2002); P. Trudel *et al.*, *supra* note 17; M. Wautelet, *Les cyberconflits. Internet, Autoroutes de l'information et cyberespace : quelles menaces?*, Bruxelles, Éditions GRIP, 1998.

avoir accès à un nombre infini de pages ou de sites Web alors que le second est tributaire d'un nombre relativement limité de canaux. Tant qu'il ne s'agit que de consultation, ce qui constitue une des richesses de l'Internet, nous voyons mal où se situe l'échange[736].

Il est vrai que le cyberespace permet facilement à l'utilisateur de devenir « acteur et producteur d'informations »[737] et ce, à une très large échelle. Selon nous, encore une fois, cela ne démontre pas forcément l'interaction mais plutôt la possibilité d'un changement de rôle.

En revanche, il faut admettre que les outils permettant les communications dans le cyberespace permettent de donner lieu à des interactions plus nombreuses, plus faciles et plus rapides entre les hommes. Ainsi, à l'occasion de la visite d'un site Web, on peut communiquer par courrier électronique avec le commerçant pour demander des informations complémentaires ou avec le gestionnaire du site pour présenter ses commentaires. Dans ce cas, si le gestionnaire réagit par exemple en modifiant le site, on pourra effectivement parler d'interaction. Et bien évidemment, la messagerie électronique permet des échanges individualisés presque en temps réel et l'on peut, dans ce cas, parler d'interaction. En matière contractuelle, l'offre et l'acceptation peuvent se rencontrer presque simultanément[738]. Au delà de la naissance même du contrat, la technique numérique permet, tout au long de sa vie, de le « retravailler », de le modifier rapidement au gré des besoins des parties. Grâce à l'interactivité, le contrat cyberspatial revêt une dimension nettement plus dynamique que son homologue dans le monde traditionnel.

---

[735] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 1-9.

[736] Le site Web, dans ce cas, n'a pas plus de « rôle actif » qu'en aurait un catalogue sur support papier.

[737] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 1-9.

[738] Michel Wautelet estime que l'interactivité varie avec le type de données : « Une des caractéristiques qui manque encore à Internet pour entrer dans les autoroutes de l'information, c'est l'interactivité. À quelques exceptions près, il n'est guère possible d'interagir rapidement, en temps réel entre ordinateurs éloignés. On peut le faire lorsque l'on échange des messages écrits. On ne peut le faire avec des images » (M. Wautelet, *supra* note 734 à la p. 36.)

En dehors des étapes classiques de la formation du contrat, les techniques de communication dans le monde virtuel permettent, du moins en théorie, un processus de construction contractuelle où les deux parties ont un rôle dynamique. Pour certains, en particulier pour Ethan Katsh, suivi en cela par Vincent Gautrais, non seulement la construction même du contrat numérique est fondée sur l'interactivité mais en outre le contrat lui-même est de nature processuelle : « [p]aper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process »[739]. La dimension processuelle se traduit principalement dans un contrat de gré à gré par la faculté pour chaque partie de l'adapter selon les exigences du marché, par exemple.

Y a-t-il réellement lieu de mettre cette caractéristique au titre des nouveautés propres au monde virtuel? Nous n'en sommes pas sûre; comme pour de nombreux sujets touchant au monde virtuel, la réelle nouveauté réside surtout dans l'ampleur ou dans l'accélération du phénomène. En outre, comme nous ne manquerons pas de le signaler plus loin, dans les faits, les possibilités liées à l'interactivité sont loin d'être systématiquement utilisées en matière de formation et de vie du contrat.

3.2 L'ubiquité et la délocalisation

L'ubiquité est la « possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois »[740]. Dans le monde virtuel, l'ubiquité se manifeste de différentes façons. D'une part, il arrive parfois qu'une même information ou un même ensemble d'informations soient disponibles en même temps à plusieurs endroits sur le réseau, comme c'est le cas avec les sites miroirs[741].

---

[739] E. Katsh, *Law in the Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995 à la p. 129. [Les contrats sur support papier lient les parties à un acte. Les contrats électroniques les lient à un processus.]

Traditionnellement, même si les parties, ce qui n'est pas toujours le cas, élaborent ensemble ce qui va devenir le contrat, une fois que celui-ci est rédigé et conclu, les clauses en sont généralement arrêtées. On pourrait comparer ce contrat à une « photographie » de la volonté et de l'état des parties à un moment donné alors que le contrat électronique s'apparenterait plus à un film.

[740] *Le nouveau Petit Robert*, 2000.

[741] Il s'agit de sites dans lesquels sont stockées des copies de données provenant d'autres sites. L'un des intérêts de ce mécanisme est de désengorger les sites très fréquentés.

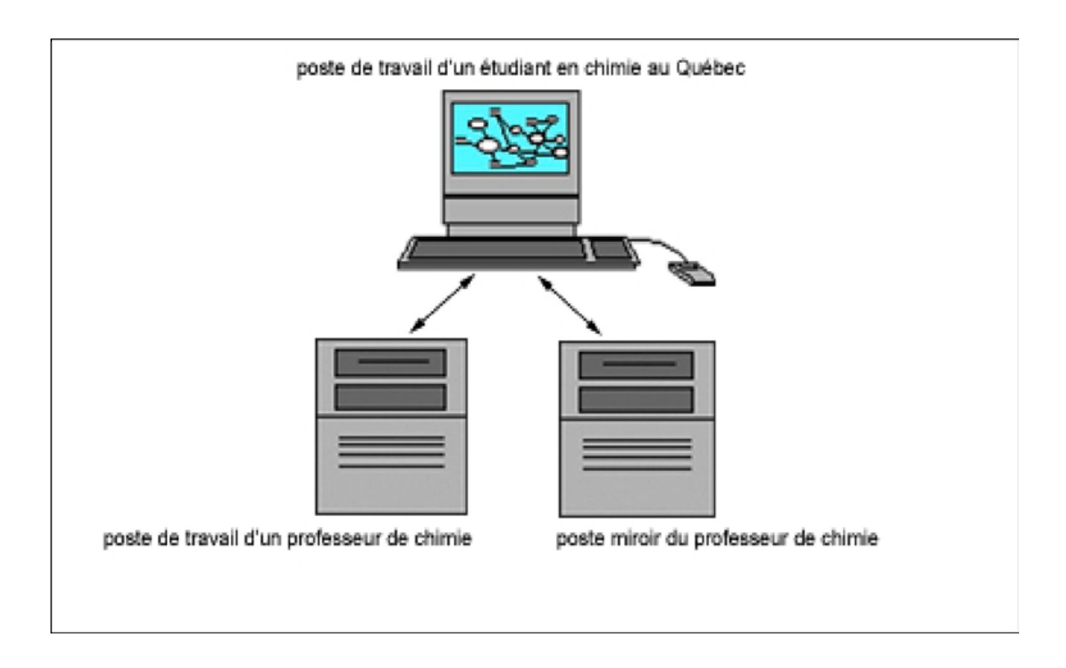


Figure 1: site miroir

D'autre part, une même information peut se trouver, au gré des consultations, simultanément à Paris et au Québec, qu'il s'agisse d'une page Web ou du texte d'une lettre expédiée par messagerie électronique à plusieurs destinataires. En ce sens, le monde virtuel ressemble à la télévision puisque divers usagers ont accès en même temps à des données identiques.

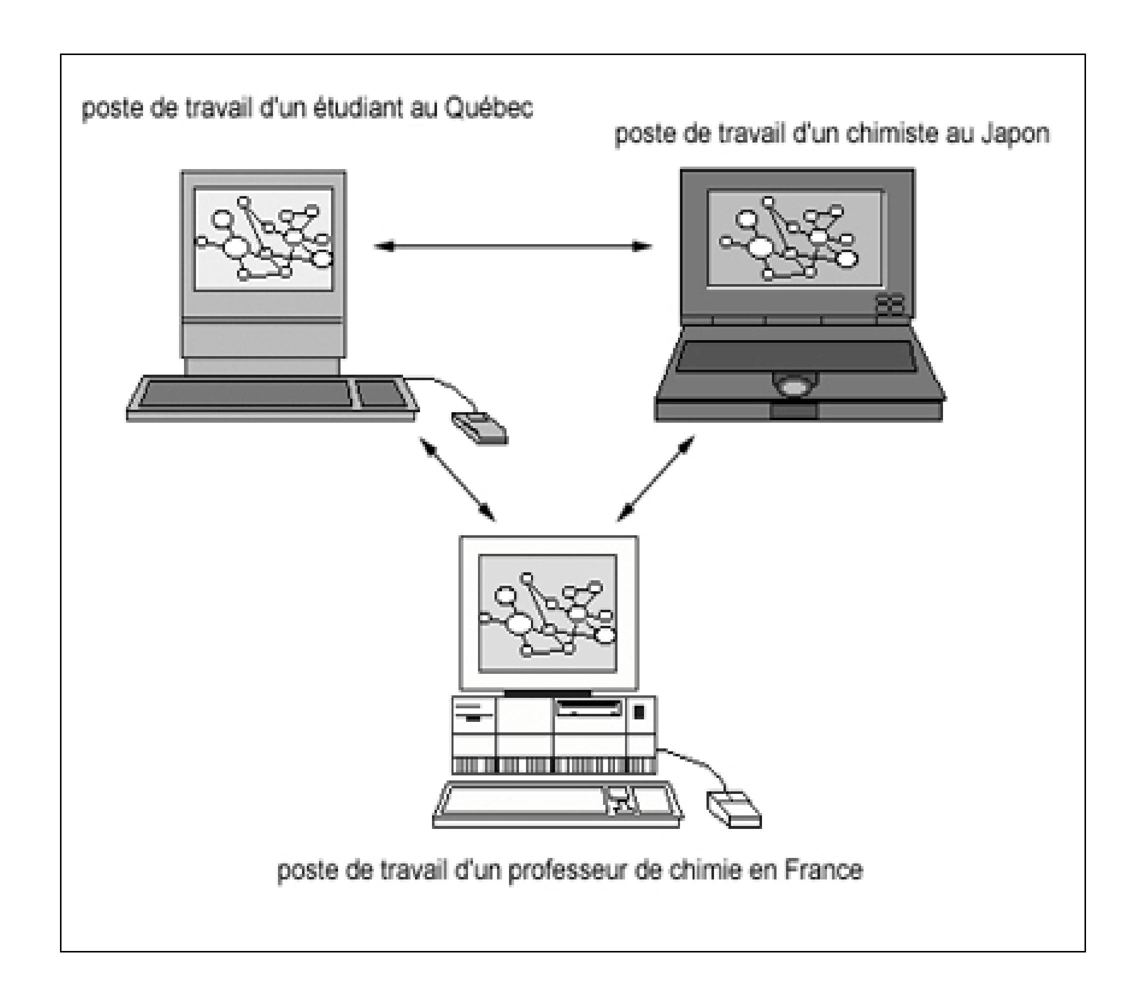


Figure 2: ubiquité

L'information, inscrite sur un support numérique, peut être reproduite et transmise indéfiniment en conservant ses qualités propres. En réalité, il ne s'agit pas d'une véritable ubiquité car l'original de l'information reste dans l'ordinateur du créateur et ce qui est accessible à autrui n'en est qu'une reproduction. Cependant, le

temps de traitement pour la reproduction et la transmission est tellement minime et la copie si fidèle à l'original que l'on peut parler de documents identiques.

Par conséquent, contrairement au document sur support physique, comme le papier, le document numérique peut être lu ou utilisé en même temps par plusieurs personnes qui peuvent simultanément le modifier[742].

La notion d'ubiquité, dans le monde virtuel, est intimement liée à celle de délocalisation. En effet, dire que toutes les informations sont accessibles simultanément en divers « lieux » signifie qu'elles sont disponibles en même temps dans le cyberespace. Elles circulent à la fois partout et en aucun endroit déterminé puisque par essence la transmission numérique s'effectue par le biais du réseau et non par voie terrestre. Et, du point de vue de la transmission des données numérisées, le flux d'information ignore les frontières terrestres. Seule importe la localisation des machines dans l'espace virtuel, localisation déterminée par le système en fonction de l'adresse IP. Le message ne parvient pas à Paris, par exemple, mais à 270.403.33.24 et il ne provient pas du Québec mais de 559.342.15.34. Les notions de lieu physique et de frontières ne riment à rien au sein même du cyberespace et les activités y sont « déterritorialisées ».

À ce propos, signalons qu'Éric Caprioli et Renaud Sorieul affirment que « l'internationalisation [est] inhérente à la technologie employée »[743]. Le terme « internationalisation » est selon nous mal choisi car il fait appel aux relations entre nations, États, territoires distincts. Or, justement, ces notions sont dépourvues de sens lorsque l'on évoque le cyberespace où, par définition, il n'y a aucun découpage de ce type possible[744] et alors que la délocalisation est propre aux rapports

---

[742] Ce qui renvoie à l'interactivité.

[743] *Supra* note 18 à la p. 326.

[744] Il faut cependant signaler l'utilisation possible de procédés techniques qui permettent de cibler ou d'exclure certains destinataires en fonction du pays à partir duquel ils ont accès au cyberespace. En raison des difficultés liées à l'attribution des adresses IP aux particuliers (voir ci-dessus à la p. 222), pour imposer des restrictions aux utilisateurs, le plus efficace consiste à empêcher les fournisseurs d'accès de distribuer les données interdites ou de leur imposer certaines conditions lors de la distribution. Ceci oblige parfois à localiser les fournisseurs d'accès.

cyberspatiaux. Il vaudrait mieux parler soit de supra-nationalité ou d'anationalité puisque « les interconnexions entre les différents réseaux emportent la création d'un espace global, à la grandeur de la planète »[745]. Comme nous l'expliquerons plus loin, le point de contact avec un territoire précis, déterminé, terrestre est le plus souvent très faible. Dans ces conditions, il est difficile de parler d'activité cyberspatiale nationale ou de contrat international[746].

L'affaire *Yahoo!* reflète bien les difficultés liées à la localisation et au « découpage » géographique du cyberespace (*UEJF et Licra* c. *Yahoo! Inc. et Yahoo France*. Toutes les ordonnances prononcées par le tribunal de grande instance de Paris dans le cadre de cette affaire sont disponibles en ligne : <juriscom.net/text/jurisfr/cti/tgiparis2000522.htm#texte>, consulté le 15 octobre 2002). Yahoo! est un moteur de recherche, c'est-à-dire un logiciel qui recherche les sites ou les pages Web contenant les mots ou les expressions que le cybernaute lui indique. Dans le cadre de cette affaire, touchant à des questions de politiques nationales et à l'ordre public, il avait été demandé à un comité d'experts de recommander « les procédures de filtrage pouvant être mises en œuvre par la société Yahoo! Inc. pour interdire l'accès aux internautes opérant à partir du territoire français à des rubriques qui pourraient être jugées illicites par les autorités judiciaires françaises. » (F. Wallon, « Rapport de consultation » 3 novembre 2000, en ligne : <http://celog.francelink.com/celog/rapportyahoo-6nov00.zip>, consulté le 15 octobre 2002).

Il y avait deux difficultés. La première concernait le lien entre les cybernautes et les fournisseurs. En d'autres termes, empêcher que des données soient accessibles à partir des services d'un fournisseur français empêche-t-il les cybernautres français d'avoir accès à ces données, sans compter les difficultés liées à la détermination de la « nationalité » du cybernaute et du fournisseur? La seconde visait les procédés techniques permettant de les cibler. À la première, le comité d'experts a répondu que « 70 % des adresses IP allouées à des internautes français peuvent être associées avec certitude à la domiciliation française du fournisseur » (rapport à la p. 66). Les situations où le lien n'est pas possible à établir sont celles où les cybernautes font affaire avec un fournisseur d'accès international (« AOL », par exemple), utilisent un réseau privé de communications (comme c'est le cas dans certaines grandes entreprises) ou ont recours à un système qui assure l'anonymat, en passant par un site d'anonymisation (« anonymizer »).

Pour résoudre la seconde difficulté, il suffit d'utiliser un procédé qui « bloque » la transmission des données à la suite de l'utilisation de certains mots-clés lorsque la recherche est effectuée par l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès français, ce que la technique permet de repérer. Le filtrage est peut-être efficace mais il ne s'agit pas d'un réel bloquage de transmission des données puisque les mesures mises en place font apparaître des avertissements sur les conditions d'utilisation des sites ou pages trouvés à partir d'une recherche effectuée grâce à Yahoo!.

Le rapport des experts mentionne qu' « aucune technique de filtrage ne permet de répérer l'ensemble des internautes français ou connectés à partir du territoire français » (rapport à la p. 68). À notre avis, l'exercice qui consiste à découper le cyberespace en « territoires nationaux » s'il ne donne que des résultats approximatifs est loin de démontrer son efficacité et donc peu satisfaisant. De plus, ajoutons que la transposition de la localisation des cybernautes en termes géographiques risque de devenir de plus en plus difficile s'ils mettent à profit, non pas les recommandations, mais les observations contenues dans le rapport des experts. S'ils ne veulent pas être repérés, plusieurs possibilités leur sont indiquées : faire affaire avec un fournisseur de services international ou utiliser l'anonymisation.

[745] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 1-18.

[746] Voir ci-dessous à la p. 360.

3.3 La dématérialisation

La dématérialisation « peut être définie comme le processus par lequel la manipulation de papier est supprimée »[747]. Les données ici se présentent sous forme d' « ensembles d'impulsions électromagnétiques, immatérielles, fuyantes, et caractérisées par leur aptitude à disparaître sans laisser de trace (pour être éventuellement remplacées par d'autres, toujours sans trace de la substitution) »[748]. Il vaudrait mieux éviter de parler d'absence de « matérialisation » pour préférer l'expression « absence de tangibilité ». En effet,

> la dématérialisation ne doit pas faire illusion, ce n'est que par métaphore que les auteurs parlent de communication immatérielle. Internet pas plus qu'aucune autre technique actuelle n'a fait par une opération magique disparaître les supports. Internet n'est pas une forme de télépathie. Par contre, les supports sont plus labiles, plus éphémères, Internet produit un effet dans l'ordre de la matière : un allègement[749].

De nombreux biens, connus jusqu'ici sous forme matérielle, palpable, peuvent être dématérialisés. Il suffit de penser aux livres, aux œuvres musicales et cinématographiques. De plus, les services se prêtent particulièrement bien à la dématérialisation. D'ailleurs, la dématérialisation en matière de services existe depuis une quarantaine d'années[750]. Avec la société de l'information, le terme devient largement utilisé, ce qui se comprend dans la mesure où les activités à titre onéreux passant par les inforoutes constituent essentiellement des services.

---

[747] Conseil National du crédit et du titre, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Paris, Banque de France, 1997, à la p. 11, en ligne : <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap2.htm> (consulté le 5 mai 2001).

[748] É. Caprioli et R. Sorieul, *supra* note 18 à la p. 383.

Les données qui circulent dans le cyberespace sont écrites en langage numérique, sous forme de 0 et de 1. Initialement, elles étaient transportées par le réseau téléphonique mais se développent de plus en plus des « infrastructures terrestres susceptibles de transporter, sur des réseaux à larges bandes, à une vitesse beaucoup plus rapide que le traditionnel réseau téléphonique, des flux plus importants de données en tout genre (son, image fixe ou animée, texte…) grâce au développement de la numérisation, associé à celui de la fibre optique » (A. Bensoussan, dir., *supra* note 702 à la p. 16.)

[749] P. Breese, *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2000 à la p. 18.

Nous entendons ici le terme « services » dans son sens juridique traditionnel, c'est-à-dire « [l]'action non désintéressée de fournir à autrui, sans lien de subordination, certaines prestations »[751]. On pense aux activités qui ne produisent pas de biens concrets, comme par exemple celles auxquelles se livre un avocat[752].

L'expression « services de la société de l'information » est définie depuis 1998 par les textes communautaires européens[753]. Elle désigne « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services »[754]. En d'autres termes, il s'agit d'une opération commerciale dont l'objet est un service ou un bien, par la force des choses, numérisés. Le texte d'une œuvre transmis par le biais des réseaux reste un bien. D'ailleurs, le considérant 18 de la Directive sur le commerce électronique indique que fait partie des services de la société de l'information l'activité commerciale qui consiste à vendre des *biens* en ligne. Le nouveau texte législatif québécois sur les « technologies de l'information » maintient la distinction : « […] Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au

---

[750] On pense ici au réseau S.W.I.F.T. (voir supra note 733) par lequel les banques effectuent des paiements électroniques depuis les années soixante.

[751] G. Cornu, *supra* note 44 à la p. 806.

[752] Nous verrons que, pour les informaticiens et les webmasters, le terme service désigne encore autre chose (voir ci-dessous à la p. 236 et s.).

[753] Voir la *Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0037 – 0048, en ligne : <http:/europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0034.html> (consulté le 7 décembre 2000), modifiée par la *Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n° L 217 du 05/08/1998 p. 0018 – 0026, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0048.html> (consulté le 7 décembre 2000). *Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, Journal officile n° L 320 du 28/11/1998 p. 0054 – 0057.

[754] *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »)*, Journal officiel no L178 du 17/07/2000 p. 0001-0016, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html> consulté le 13 mars 2002 au considérant 17).

sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient »[755].

L'absence de matérialisation offre de nombreux avantages, parmi lesquels rapidité, souplesse et facilité d'accès. En matière de biens, elle élimine les problèmes de stockage et évite ainsi les risques de dégradation ou d'usure. En diminuant les intermédiaires notamment, elle diminue souvent les coûts de fabrication.

Si l'on reprend la définition de la dématérialisation présentée ci-dessus, on constate que non seulement il n'y a plus d'écrit sur support papier mais en plus que la notion d'original doit sans doute être revue. En effet, comme nous l'avons indiqué dans le cadre de l'ubiquité, les données qui transitent par les réseaux ne sont que des copies. L'original reste, dématérialisé, dans l'ordinateur d'origine[756]. Par conséquent, il n'est jamais directement accessible et compréhensible sans reproduction ni traduction. Cela fait dire à Ethan Katsh : « To say that a file is sent from one computer to another or that electronic mail is sent it to use an anachronic metaphor »[757].

Comme nous le signalerons plus loin, l'absence de tangibilité a surtout des conséquences en matière de formalisme et de preuve. La technique présente de ce point de vue des nouveautés que le droit, jusqu'à présent, appréhendait mal ou de

---

[755] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q., c. 32, art. 29, en ligne : <http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/cgi/telecharge.cgi/161F0129.PDF?table=gazette_pdf&doc=161F0129.PDF&gazette=4&fichier=161F0129.PDF> (consulté le 30 janvier 2002).

[756] On a donc à faire à deux « documents ». L'un, l'original, est indéchiffrable sans traduction et est en quelque sorte scellé sur le disque dur et l'autre, utilisable, en est la reproduction. Ce mécanisme fait penser, bien que les fondements et les conséquences en soient très différents, aux actes en double écriture de l'époque romaine, méthode qui a subsisté jusqu'au IIIe siècle : « On écrit l'acte une première fois, puis on le ferme, le coud et le scelle. Il est dès lors à l'abri de toute atteinte et ne devra être ouvert qu'en justice, en cas de contestation. Puis, pour la lecture courante, on écrit le même texte une seconde fois et on ne le ferme pas. » C'est le bénéficiaire de l'opération qui conservait les deux exemplaires, attachés ensemble. (Voir J.-P. Lévy, « L'apport de l'antiquité au droit de la preuve » (1996) 23 *Droits* 3 aux pp. 4-5).

[757] E. Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989 à la p. 90 [Dire qu'un dossier est envoyé d'un ordinateur à un autre ou qu'un message électronique est envoyé, c'est utiliser une métaphore anachronique.]

façon incertaine. C'est pourquoi c'est dans ce domaine que plusieurs législateurs ont réagi en premier[758].

4. Les différents services en ligne

Dans le cyberespace, fondamentalement, la notion de « service » fait référence à des procédés techniques. Le terme, dans ce contexte, désigne au sens propre « un service automatique de transmission de l'information, utilisant un protocole informatique donné »[759]. Les services sont les « infrastructures permettant

---

[758] Pour ne citer que quelques textes, voir

au niveau international : *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* et Guide pour son incorporation 1996, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP> (consulté le 22 juin 1999); *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, adoptée le 5 juillet 2001, en ligne <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf> (consulté le 30 avril 2002).

Au Canada : *Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998; Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur le commerce électronique* (1999), en ligne <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/fueca-a.htm> (consulté le 30 novembre 2000); Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur la preuve électronique* (1998), en ligne : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/feeact.htm> (consulté le 14 décembre 2000); *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755.

Au niveau européen : *Directive sur le commerce électronique* , *supra* note 754; *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Journal officiel n° L013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020, en ligne :<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1999/fr_399L0093.html> (consulté le 8 janvier 2001).

En France : *Loi n°200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (1),* J.O. no 62 du 14 mars 2000, p. 3968, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/ta/ta0465.asp> (consulté le 24 juin 2002); Projet de loi sur la société de l'information (LSI), version du 14 juin 2001, en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3143.asp> (consulté le 15 mai 2002). Signalons que ce projet de loi devait être adopté avant la fin de l'année 2002. Comme l'Assemblée nationale en était encore saisie « au moment où ses pouvoirs ont expiré », à la fin de la XIe législature, soit le 18 juin 2002, il est devenu caduc. Toutefois, « [l]e Gouvernement peut […] redéposer sur le bureau de l'Assemblée nouvellement élue les projets de loi devenus caducs et dont il souhaite voir poursuivre la discussion. » (Voir <http://www.assemblee-nat.fr/documents/index-projets-11leg.asp> consulté le 15 octobre 2002). Nos recherches ne nous ont pas permis de connaître les décisions et orientations du gouvernement français à ce sujet. Étant donné que le projet de loi est actuellement le seul texte disponible publiquement en ce domaine, nous avons donc décidé de continuer à le citer au besoin.

Aux États-Unis : The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Electronic Transactions Act* (1999), en ligne : <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm> (consulté le 3 janvier 2001); The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Computer Information Transactions Act*, en ligne : < http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita200.htm> (consulté le 26 juin 2002); *Utah Digital Signature Act*, Utah Code §§ 46-3-101 à 46-3-504, L. 1995, ch. 61, en ligne : <http://www.jmls.edu/cyber/statutes/udsa.html> (consulté le 29 avril 2002).

[759] A.U.I., « Pour une intégration sereine et un développement harmonieux d'Internet dans la société française, Rapport du 07/06/96 », en ligne : <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html> (consulté le 26 février 1997).

le transport de données telles que texte, son, images fixes ou animées, vidéo, données informatiques et virtuelles et, dans une acception large, les services transitant par ces infrastructures »[760].

Quels sont les différents services en ligne? Autrement dit, à quelles activités peut-on se livrer dans le cyberespace et par le biais de quel instrument[761]? Nous devrions ajouter « aujourd'hui » puisque selon une remarque encore pertinente d'un rapport de l'Association des Utilisateurs d'Internet, « [i]l ne fait pas de doute que l'avenir verra de nouveaux services, peut-être même encore insoupçonnés actuellement, conçus en fonction de la créativité des utilisateurs, ainsi que de l'évolution des besoins et de la technologie »[762].

Mentionnons d'abord pour mémoire Telnet, la plus ancienne application Internet, qui permet de connecter un ordinateur à un autre[763]. Autre service, le File Transfer Protocol (FTP) connecte temporairement « deux machines pour transférer des fichiers entre elles »[764]. Citons également Usenet, « une gigantesque base de données de messages organisée par centres d'intérêt »[765], WAIS[766] qui permet

---

[760] A. Bensoussan, *supra* note 702 à la p. 21.

[761] Pour une description complète de ces services, voir A. Dufour, *supra* note 697 aux pp. 41-77.

[762] *Supra* note 759.

[763] « Telnet donne à un ordinateur distant (serveur) l'illusion que la machine cliente est un terminal qui lui est directement connecté selon son mode de communication » (A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 42.) Il s'agit donc d'une émulation de terminal qui permet « de connecter un micro-ordinateur sur une machine distante en le faisant passer pour un terminal compatible avec cette machine » (*Ibid.* à la p. 42. [Nous soulignons]) et non « de connecter un micro-ordinateur sur une machine distante en la faisant passer par un terminal compatible avec cette machine » comme l'écrit Alain Bensoussan (A. Bensoussan, *supra* note 702 à la p. 23. [Nous soulignons]) qui reprend mot à mot – ou presque! – les explications d'Arnaud Dufour.

Telnet, par qui l'on peut se brancher sur des gros ordinateurs, ne permet de transmettre que des textes. Grâce à cette application, on peut notamment consulter des catalogues de bibliothèques, Ainsi, le catalogue BN-OPALE de la Bibliothèque Nationale de France est accessible via Telnet. Arnaud Dufour fait remarquer que de plus en plus de bibliothèques délaissent Telnet pour proposer leurs catalogues sur le Web. C'est le cas, par exemple, de la bibliothèque de l'Université Laval, en ligne : <http://arianeweb.ulaval.ca/web2/tramp2.exe/log_in?guest=guest&SETTING_KEY=French&Home_Library=1home&Screen=home.html&*serverNumber=0> (consulté le 30 janvier 2002).

[764] A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 56. C'est avec FTP que l'on télécharge des programmes par exemple ou qu'on les met à jour à partir des sites des sociétés comme Microsoft, Apple, etc.

[765] V. Sédallian, *Droit de l'Internet*, Paris, Net Press, 1996 à la p. 16.

[766] *Wide Area Information Servers*.

d'accéder à des informations dans des bases de données et Gopher, « un système distribué de mise à disposition d'informations »[767].

Les deux outils qui ont fait le plus pour l'Internet sont le courrier électronique et le World Wide Web. Il convient de s'y arrêter un peu car non seulement sont-ils les services les plus populaires mais encore leur usage est-il précieux en matière commerciale.

Le courrier électronique ou *e-mail*[768] permet à deux ou plusieurs personnes de s'échanger des messages sur un mode asynchrone. Il fonctionne un peu comme une poste restante. Chacun dispose d'une boîte aux lettres, stockée sur un serveur. Le message envoyé par l'expéditeur arrive, véhiculé selon le protocole SMTP[769], dans la boîte aux lettres du destinataire et ce, de façon quasiment instantanée. « Lorsque l'utilisateur souhaite consulter ses messages, son application se connecte au serveur de messagerie en utilisant le protocole POP pour rapatrier les messages »[770]. Les adresses électroniques ont toujours la même structure, « nom de l'utilisateur@machine »[771].

Le courrier électronique permet non seulement d'envoyer des messages mais également des documents annexés, exactement comme lorsque dans une enveloppe postale, on inclut une lettre et qu'on y joint un document. Il peut s'agir de textes, de fichiers ou de photos, par exemple.

---

767 A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 70.

768 L'Office de la langue française préconise l'emploi de « courriel » et fait remarquer que *stricto sensu* le terme désigne le service de correspondance et que c'est par extension qu'il est utilisé pour désigner le message lui-même. (*Supra* note 693).

769 *Simple Mail Transfer Protocol*.

770 A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 48. [POP signifie *Post Office Protocol*]

771 Par exemple, sylvetteguillemard@globetrotter.qc.ca et sylvetteguillemard@hotmail.com. La « machine » dont il est question est le serveur, celui-ci étant un ordinateur. Les adresses dont nous parlons ici sont des adresses de messagerie électronique, à ne pas confondre ni avec les adresses IP dont nous avons fait mention précédemment ni avec les adresses URL dont nous traiterons plus loin.

Autre service, le World Wide Web est un outil reliant entre eux des serveurs qui renvoient des pages aux postes dotés de navigateurs[772]. Justement, pour circuler sur le Web, il faut avoir un logiciel appelé fréquemment « navigateur » dont les plus utilisés actuellement sont Netscape et Internet Explorer.

Chaque document ou chaque site accessible sur le Web a une adresse ou URL (*Universal Resource Locator*). Prenons comme exemple <http://www.hotmail.com>. L'adresse comporte trois niveaux, qui se déchiffrent de droite à gauche. Le premier, illustré dans l'exemple par « .com », exprime le domaine et comprend soit trois lettres ou plus si les machines appartiennent à des réseaux internationaux ou à l'administration américaine soit deux lettres qui indiquent alors des réseaux nationaux[773].

Le deuxième niveau, ou sous-domaine, ici « hotmail », désigne des entités économiques. Souvent, mais pas toujours, le nom de sous-domaine correspond au nom de l'entreprise, comme dans <http://www.radio-canada.ca>.

Finalement le troisième niveau « concerne les machines (ordinateurs, routeurs, etc.) qui possèdent toutes un nom logique »[774]. Car les machines ont également une adresse numérique puisque « [c]haque ordinateur connecté à Internet

---

[772] Pour un auteur, qui utilise un jargon rebutant mais exact, le Web « est un système hypermédia distribué fonctionnant en mode client-serveur sur Internet ». (A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 71.)

[773] Pour les domaines internationaux, citons par exemple, .com = commercial, .edu = éducatif, .net = réseau. En 2000, l'Icann a autorisé la création de sept nouveaux domaines (.aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name et .pro) afin de pallier la saturation du domaine .com. Les domaines nationaux sont identifiés par deux lettres : .fr = France, .ca = Canada, .be = Belgique, etc. On trouvera la liste des organismes chargés de l'attribution des noms de domaines internationaux (3 lettres ou plus) par l'ICANN en ligne : <http://www.icann.org/registrars/accredited-list.html> (consulté le 22 mai 2001). Celle des noms de pays est disponible pour les pays dont l'initiale est de A à E en ligne : <http://www.iana.org/cctld/cctld-contact1.htm>, de F à L <http://www.iana.org/cctld/cctld-contact2.htm>, de M à R <http://www.iana.org/cctld/cctld-contact3.htm> et de S à Z à <http://www.iana.org/cctld/cctld-contact4.htm> (Consultés le 22 mai 2001)

[774] A. Dufour, *supra* note 697 à la p. 16.

est identifié par un numéro unique […] appelé *adresse Internet*, ou adresse IP »[775]. Dans l'exemple ci-dessus, le routeur[776] est « www ».

Tout cela semble un peu ésotérique et mystérieux[777]. Ce qui ne rend pas la chose plus limpide, c'est que dans certains cas, l'adresse URL ne donne aucune indication intelligible ni sur la société ni sur le lieu – nous y reviendrons – dans lequel elle se trouve. Que comprendre à la lecture de « http://www.real.com »[778]?

Une caractéristique fondamentale du Web et qui a des conséquences importantes, dont nous traiterons plus loin, est que l'on se déplace d'un site ou d'une page à l'autre en « cliquant » avec la souris sur des mots ou sur des icônes qui sont des liens hypertexte et que l'on reconnaît parce qu'ils sont habituellement soulignés ou de couleur différente du reste du texte ou parce que lorsqu'on déplace son pointeur dessus, il se transforme en main[779].

---

775 *Ibid*. à la p. 15.

776 « Équipement capable d'effectuer du routage, c'est-à-dire d'aiguiller des paquets de niveau 3 OSI » (*Ibid*. à la p. 123.)

777 Pour des explications plus détaillées sur les questions de « nommage des ressources », voir *ibid*. aux pp. 15-18.

778 La remarque vaut également pour les adresses de messagerie électroniques transitant par le Web. Où se trouve ou à quel pays est liée la personne dont l'adresse est sg@hotmail.com? (Celles en dehors du Web sont souvent, mais pas toujours, plus parlantes : <x@infonie.fr>, <y@sympatico.ca>)

779 Ainsi, dans le paragraphe précédent, l'indication du site de <http://www.real.com > est un lien hypertexte. Comme le texte de cette thèse sera diffusé sous forme numérique en raison de la nouvelle politique de l'Université Laval en matière de dépôt des thèses, le lecteur n'aura qu'à cliquer sur cette adresse pour être transporté sur le site.

Sur la page reproduite ci-après, tous les textes soulignés sont des liens hypertextes. On voit le pointeur transformé en main sur « Texts of commercial law documents ». En même temps, on peut voir, tout en bas à gauche de l'écran, l'adresse du site auquel renvoie ce lien.

La navigation à l'aide des liens hypertexte permet donc un déplacement, une lecture, non pas linéaire mais tabulaire. Voir à ce sujet Ch. Vandendorpe, *Du papyrus à l'hypertexte – Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1999.

L'un des premiers à avoir pensé à un mécanisme hypertextuel est l'Américain Vannevar Bush alors qu'il cherchait, vers 1945, à résoudre les problèmes créés par l'explosion documentaire. Comment l'être humain pourrait-il accéder à toutes les informations et à toutes les découvertes? Vannevar Bush décrivit une machine (Memex, pour Memory Extender), fondée sur une technique analogique, qui ferait le lien entre des documents sur microfilms. « Bush envisageait de pouvoir associer des microfilms entre eux pour mieux simuler le cheminement de la pensée au moyen d'un ingénieux système utilisant des cellules photo-électriques » (G. Teasdale, « L'hypertexte : historique et applications en bibliothéconomie », en ligne : <http://www.fas.umontreal.ca/EBSI/cursus/vol1no1/teasdale.html> consulté le 9 février 2001). En effet, le mécanisme associatif correspondrait à la façon de penser des êtres humains.



Figure 3: lien hypertexte

Ted Nelson, créateur du terme « hypertexte », est le concepteur du projet Xanadu, une sorte de bibliothèque virtuelle ou d'encyclopédie géante, regroupant toute la littérature du monde, et qui serait elle-même un hypertexte et au sein de laquelle on se déplacerait grâce à des liens.

« L'hypertexte est un texte à partir duquel on peut aller au-delà (hyper) de l'information grâce à la présence de liens référenciels ou de liens organisationnels qui renvoient directement à d'autres hypertextes » (S. Matte, « Hypertexte sur l'hypertexte », en ligne : <http://207.35.70.11/st-bernard/decouvre/hypertexte/trav1.html> consulté le 9 février 2001). Pour mémoire, rappelons qu'Hypercard a été le premier logiciel hypertexte proposé au grand public.

5. Synthèse

Cette brève présentation de la technique numérisée met principalement en relief tant son caractère innovateur que les incroyables possibilités qu'elle offre aux êtres humains[780]. Il ne s'agit pas ici de porter de jugement de valeur, de se livrer à une quelconque apologie mais simplement de prendre acte que le cyberespace offre indiscutablement des « modes de fonctionnement nouveaux, différents de ceux établis par la révolution industrielle »[781], notamment en raison de ses caractéristiques fondamentales ou de leur combinaison, relevant d'une science inconnue il y a peu.

En particulier, l'ubiquité et la dématérialisation, rêves inaccessibles jusqu'à récemment[782], permettent de se « déplacer » et de communiquer partout où peut se rendre le réseau tout en ayant accès à une quantité indescriptible de données, de renseignements non tangibles et ce, grâce à une gamme diversifiée de services ou d'« outils ».

Une double constatation s'impose. Ni le papier ni le territoire ne font partie du monde cyberspatial à proprement parler. Si l'absence du premier pose des problèmes au juriste principalement en matière de preuve, la question territoriale oblige le droit international privé à une réflexion en profondeur en raison des liens que celui-ci entretient avec celle-là.

---

780 En 1995, le président de l'Internet Architecture Board, l'organisme chargé de superviser l'évolution du réseau, parlait de l' « impact si décisif [qu'il aurait] sur les sciences, la société et la civilisation ». Le titre même de son ouvrage est éloquent. (Ch. Huitéma, *Et Dieu créa l'Internet*, Paris, Éditions Eyrolles, 1995 à la p. III).

781 S. Fdida, *Des autoroute de l'information au cyberespace*, Paris, Flammarion, 1997 à la p. 6.

La comparaison avec la révolution industrielle est fréquemment utilisée. Voir, par exemple, Franck Diedrich, qui parle de seconde révolution industrielle (F. Diedrich, « Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation : Software Contracts and the CISG » 8 Pace Int'l L. Rev. 303, en ligne : LEXIS (Law Reviews)).

782 Paul Valéry avait écrit en 1928 ces lignes visionnaires lors d'une réflexion sur l'art: « Comme l'eau, comme le gaz, comme le courant électrique viennent de loin dans nos demeures répondre à nos besoins moyennant un effort quasi nul, ainsi serons-nous alimentés d'images visuelles ou auditives, naissant et s'évanouissant au moindre geste, presque à un signe. Comme nous sommes accoutumés, si ce n'est asservis, à recevoir chez nous l'énergie sous diverses espèces, ainsi trouverons-nous fort simple d'y obtenir ou d'y recevoir ces variations ou oscillations très rapides dont les organes de nos sens qui les cueillent et qui les intègrent font tout ce que nous savons. Je ne sais si jamais le philosophe a rêvé d'une société pour la distribution de Réalité Sensible à

Section 2 – La nature du cyberespace

Les avis sont très partagés sur la question de la nature du monde virtuel. A-t-on affaire à un nouveau moyen de communication entre les individus ou la technique a-t-elle plutôt déclenché la création d'un nouvel espace? La réponse à cette question peut avoir des conséquences importantes sur le plan juridique, en particulier sur la façon d'aborder et de résoudre les questions de rattachements propres au droit international privé.

1. Une nature hybride

Certains proposent une conception mitigée de la nature du cyberespace. Elle ne serait pas homogène mais varierait au gré – et, comme nous allons l'expliquer, peut-être au hasard – de l'utilisation qui est faite de la technique.

1.1 La nature du cyberespace dépend du mode d'exécution

Dans le cyberespace, les parties peuvent conclure des contrats dont l'exécution, ou une partie au moins, se fera de façon tangible. On pense ici aux contrats ayant pour objet la vente de biens matériels. D'autres contrats portent en revanche sur la vente de biens dématérialisés – logiciels, photos et ouvrages numérisés, pour ne citer qu'eux[783] – vente exécutée entièrement en ligne.

S'appuyant sur ces deux types d'exécution, Michel Vivant estime qu'

---

domicile. » (P. Valéry, « La conquête de l'ubiquité » dans *Pièces sur l'Art, Œuvres complètes*, t.2, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1928).

[783] On utilise actuellement l'expression « biens informationnels » pour décrire les biens transmissibles par voie numérique. Au sens propre du terme en matière technique, l'usage du terme « information » est certainement approprié puisque il signifie : « Élément ou système pouvant être transmis par un signal ou une combinaison de signaux» (*Le nouveau Petit Robert*, 2000.) Toutefois, par ce qui constitue peut-être un abus de langage, tout est maintenant information, comme, ainsi que nous l'avons signalé, tout est service.

> il faut distinguer le commerce partiellement dématérialisé et qui s'insère dans la durée du commerce totalement dématérialisé qui ignore la durée. Le premier cas n'est qu'une variante d'un nouveau type des contrats à distance les plus classiques : l'internet remplace le téléphone […] mais aussi la commande papier telle qu'elle se fait de longue date à partir d'un catalogue de vente par correspondance par exemple […] Le second cas – de totale dématérialisation – fait, en revanche, figure de réelle nouveauté. La commande est dématérialisée mais l'exécution l'est aussi parce que la « chose », immatérielle (information, musique…) transite également par les réseaux[784].

On pourrait donc proposer une qualification mixte soit celle de moyen de communication – au même titre que le téléphone, comme le suggère Michel Vivant – lorsque l'obligation est exécutée dans le monde réel et celle d'« autre chose »[785] lorsque l'obligation est exécutée en ligne. La nature de l'environnement dans lequel s'inscrivent les opérations commerciales sera déterminée au cas par cas, selon le mode d'exécution et, plus fondamentalement, selon la qualité de ce qui fait l'objet de l'opération. En somme, le cyberespace serait *à la fois* et un moyen de communication et « autre chose », vraisemblablement un espace, au gré des arrangements entre les parties. Si un acheteur, par exemple, se rend sur un site afin d'y acquérir un livre « traditionnel », le cyberespace sera considéré comme un moyen de communication. S'il se rend sur un autre site pour y obtenir contre une somme d'argent un produit informatisé, le cyberespace ne sera plus un moyen de communication. Comment le

---

[784] M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999 à la p. 86. [Nous soulignons]. Pour une opinion identique en ce qui concerne les marchandises tangibles, voir D. Goddard, « Does the Internet Require New Norms » (2000) 2 *International Law FORUM du droit international* 183.

De la même façon, la commission qui a travaillé sur les contrats lors d'une Table Ronde organisée par la Conférence de La Haye de droit international privé en septembre 1999, s'attache à cette distinction fondée sur l'exécution. Dans une recommandation très générale, portant globalement sur les questions de juridictions et de loi applicable, le rapporteur note : « If Internet is only used as a means of communication, i.e. if the performance of the relevant obligation takes *off line*, the rules of private international law referring to the place of performance remain relevant.[…] However the place of performance as a physical criterion is not appropriate as a connecting factor with regard to transactions performed *on line*. » [Les italiques sont dans le texte original]. [Si l'Internet n'est utilisé que comme un moyen de communication, soit lorsque l'exécution de l'obligation principale a lieu hors ligne, les règles de droit international privé désignant le lieu d'exécution restent pertinents. […] Cependant le critère physique du lieu d'exécution ne constitue pas un facteur de rattachement approprié pour les exécutions en ligne]. (Conférence de La Haye de droit international privé et Université de Genève, Table Ronde sur les questions de droit international privé posés par le commerce électronique et Internet, Genève, septembre 1999, Rapport de la Commission I – Contrats, inédit).

[785] Remarquons que si pour Michel Vivant, dans le cas de vente de biens tangibles, les réseaux sont assimilables à des moyens de communication et en particulier au téléphone, pour les autres situations, il s'abstient d'en indiquer la nature.

qualifier si le client, à partir du même site, achète le livre dont nous venons de parler et par la même occasion un produit informatisé?

Parlant du mode d'exécution des obligations, il est possible d'envisager des contrats entraînant des exécutions mixtes. On pense ici à la vente de programmes informatiques dont une partie est transférée directement sur l'ordinateur client et l'autre envoyée, par la poste, sous forme de CDRom, par exemple. Comment qualifier le cyberespace, dans ces conditions? Suivant la logique proposée par Michel Vivant, il s'agirait à la fois d'un moyen de communication et non d'un moyen de communication et ce, pour une seule et même relation contractuelle.

Et que dire des contrats où les obligations principales des deux parties à un contrat synallagmatique ne se font pas de la même façon, par exemple livraison en ligne et paiement par l'envoi d'un chèque ou, à l'inverse, paiement en ligne et livraison de la marchandise par voie terrestre? Rappelons que dans les échanges commerciaux classiques, le rattachement du contrat à son lieu d'exécution présente des inconvénients notables, entre autres, justement, lorsque le contrat comporte diverses obligations d'égale importance. Or un tel rattachement risque de « balkaniser » le contrat.

1.2 Intérêt du mode d'exécution

Cependant, la façon dont est transmis le bien ou la marchandise renseigne sur la nature *de l'objet* de l'opération, nature qui, elle peut avoir son importance dans le traitement de certaines questions juridiques mais certainement pas sur la description ou la qualification du cyberespace. D'ailleurs, la nature du bien est plus une question de physique que de droit et sur le plan pratique, de la nature du bien dépend la voie que peut prendre l'exécution de l'obligation dont il est l'objet.

C'est justement à la lumière du mode d'exécution de l'obligation en matière de vente de logiciels qu'un débat a pu prendre naissance portant sur l'application ou

non de la CVIM à ce type d'opération commerciale. Comme le fait remarquer Trevor Cox,

> [s]oftware resides in an intangible realm that was not recognized by society prior to its invention, depriving society of the words and concepts to understand software. Since the limits of language are the limits of the world, there is an ongoing struggle to understand how software fits, if at all, into society's existing structures[786].

La question se pose car la CVIM a été conçue et rédigée à une époque bien antérieure à la naissance du cyberespace. Cette question est fort complexe et la réponse à son image.

Un contrat du type envisagé consiste généralement en un transfert de programme informatique en échange d'une somme d'argent. Or « a contract under which the main mutual obligations of the parties consist of the transfer of goods for payment is unanimously characterized as a sales contract »[787]. Il semble donc, à première vue, tomber dans le champ de la CVIM, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat de consommation, mais une réponse définitive dépendra de la résolution de deux difficultés : le sens à donner au terme « marchandises » et la qualification que l'on fera du logiciel.

Pour certaines fins, le droit sépare classiquement les biens en deux grandes catégories, d'un côté les biens corporels et de l'autre, les biens incorporels, pour reprendre les termes du *Code civil du Québec* qui ne donne, pas plus que le droit

---

786 T. Cox, « Chaos versus Uniformity : the Divergent Views of Software in the International Community », (2000) 4 VJ 3, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cox.html> (consulté le 2 mai 2002). [Les logiciels font partie d'un royaume intangible inconnu jusque là, privant la société des mots et concepts nécessaires pour les comprendre. Les limites du langage étant les limites du monde, on lutte pour comprendre comment les logiciels s'accordent, s'ils le font, avec les structures existantes].

787 F. Diedrich, *supra* note 781. [un contrat en vertu duquel les obligations principales consistent en un transfert de bien en échange d'un paiement est unanimement qualifié de contrat de vente].

Trevor Cox, de son côté, fait remarquer qu'il n'est pas facile de catégoriser les logiciels en biens ou en services. (Voir *supra* note 786).

français, de définition ni des uns ni des autres[788]. En ce qui concerne les seconds, on comprend qu'il s'agit de biens sans existence matérielle, comme le droit d'auteur, les créances, l'électricité, dont, pour des raisons physiques, la transmission ne peut se faire manuellement[789]. Lorsque la CVIM, ne serait-ce que par son titre, indique qu'elle concerne la vente de marchandises, s'agit-il de biens corporels exclusivement ou peut-il s'agir également des biens incorporels[790] ?

L'une des façons d'envisager le problème des logiciels dans sa généralité est de faire la différence entre ceux inscrits sur un support et ceux transmis par voie électronique, donc de se pencher sur la façon dont est exécutée l'obligation du vendeur. Dans le premier cas, une distinction entre matérialité et absence de matérialité importe peu puisque le support lui-même, un disque ou une disquette, est indiscutablement un bien tangible. Pourtant, surgit ici une difficulté qui réintroduit la distinction, dans la mesure où les informations numérisées peuvent être détachées de leur support lorsque les données sont transférées sur l'ordinateur[791]. Un logiciel sur disque aurait deux sortes de composantes, l'une tangible et les autres impalpables. Si la CVIM ne couvrait que les biens matériels, ce raisonnement mettrait les logiciels gravés sur des disques dans une catégorie différente des disques audio, des cassettes vidéo et même des livres, autant de produits considérés comme des

---

[788] Art. 899 : « Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles ».

[789] Outre l'article 899, dans le *Code civil du Québec*, les biens incorporels sont cités en matière de succession (art. 733), d'obligations (art. 1779 à 1784 et 2482), de priorités et hypothèques (art. 2666 et 2684) et de sûretés mobilières dans le cadre du droit international privé (art. 3105).

Sans les présenter de façon générale, le code français mentionne les biens incorporels à propos des pouvoir du tuteur (art. 457) et des différentes manières dont on acquiert la propriété (art. 1075, 1607, 1693, 2075).

[790] On se souviendra que le texte à l'origine de la Convention de Vienne est l'œuvre d'Unidroit, la *Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, La Haye, 1er juillet 1964 et on notera bien évidemment la différence de termes entre les deux textes.

Dans la Convention de Vienne le terme anglais équivalent à « marchandises » est « *goods* ».

[791] Ce qui est le cas la plupart du temps. Les acquéreurs de logiciels n'utilisent généralement pas le disque à chaque fois qu'ils veulent s'en servir. Ils transfèrent plutôt les données qu'ils contiennent sur le disque dur de leur ordinateur.

marchandises aux termes de la CVIM. La logique oblige donc à inclure les logiciels contenus dans des supports matériels dans la même catégorie[792].

D'un autre côté, la transmission des données peut s'effectuer uniquement par câble ou par satellite, supprimant ainsi tout support palpable, lorsque le programme – et il peut très bien s'agir du même programme que celui disponible sur disque – est directement transféré d'ordinateur à ordinateur par voie cyberspatiale[793]. Dans ce cas, le logiciel est clairement et uniquement non corporel. Le raisonnement utilisé pour les logiciels sur support matériel ne peut trouver sa place ici. Pour les fins de la discussion, nous allons considérer qu'il s'agit d'un « bien ». Sa vente sera-t-elle régie par la CVIM? On peut poser la question de façon plus globale : la CVIM concerne-t-elle la vente de biens non corporels?

On a pu être tenté de considérer que ceux-ci étaient exclus de son champ d'application en se fondant, par analogie, sur l'article 2 *f*) qui en écarte l'électricité[794]. Toutefois, l'argument ne tient pas car cette exclusion n'est pas due à la nature du bien mais au fait que l'électricité pose des problèmes très spécifiques, distincts de ceux présentés par les ventes transnationales habituelles et qu'il y avait justement des risques de différence de qualification parmi les États participants à la Convention[795]. D'ailleurs, « [e]ven though there is some support for the idea that intangible property should be excluded from the CISG, the majority of courts and commentators have generally dismissed this idea »[796]. Ainsi, les tribunaux allemands

---

[792] Sauf si le logiciel a été conçu et créé à la demande particulière de son utilisateur, auquel cas il sera considéré non plus comme une marchandise, un bien mais comme un service. (voir Voir T. Cox, *supra* note 786).

[793] Nous avons mentionné ci-dessus le cas des logiciels mais on peut également penser aux œuvres de l'esprit plus traditionnelles comme des textes, des images, de la musique, vendues sous forme numérisée.

[794] C'est, par exemple, la position de l'Américain Arthur Fakes (A. Fakes, « The Application of the United Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software and Database Transactions » (1990) 3 Software L.J. 559 à la p. 584, cité dans F. Diedrich, *supra* note 781).

[795] Voir à ce sujet les commentaires du secrétariat, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-02.html> (consulté le 1er février 2002).

[796] T. Cox, *supra* note 786. [Bien que certains considèrent que les biens immatériels sont exclus de la CVIM, la majorité des tribunaux et des commentateurs repousse généralement cette idée]. Parmi ceux qui estiment que la CVIM ne régit pas la vente de biens non corporels, on peut citer la décision d'un tribunal hongrois selon qui un contrat de vente de parts d'une société ne constituait pas un contrat de vente de marchandises au sens de la CVIM (Arbitral Award of the Hungarian Chamber of Commerce, December 20, 1993, cité dans F. Ferrari, « Recent

ont affirmé à deux reprises que puisque la Convention de Vienne couvre autant les biens tangibles que les biens non matériels pouvant faire l'objet d'une vente internationale, elle régit la vente de logiciels[797].

Par conséquent, la CVIM régit la vente de logiciels même s'ils sont transmis par voie cyberspatiale[798]. Nous partageons entièrement l'opinion de Trevor Cox lorsqu'il conclut que « […] the same software should not be treated differently on whether the software is delivered on a disk or transmitted electronically, since the buyer's intent is the same»[799] .

Development : CISG : Specific Topics of the CISG in the light of Judicial Application and Scholary Writing » (1995) 15 J. L. & Comm. 64 à la p. 67.)

[797] Cour d'appel de Coblence, 17 septembre 1993, résumé CLOUT no 281, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html> (consulté le 18 avril 2002) et Cour de district de Munich, 8 février 1995, résumé CLOUT no 13, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html> (consulté le 18 avril 2002).

[798] Ce raisonnement est valable du moment où l'on qualifie les données informatisées de « biens ». Nous l'avons exposé pour vérifier dans quelle mesure le mode d'exécution de l'obligation portant sur un même objet était déterminant. Il l'est également dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat de consommation.

Sur la question de l'applicabilité ou non de la CVIM aux données numériques, signalons un autre problème, purement européen. En effet, la Directive européenne sur le commerce électronique (*supra* note 754) considère que tout ce qui est livré par voie électronique constitue un « service » aux termes de son article 2.

Il est certain que si « the EU treats electronic software as a service under domestic laws, court and commentators in the EU would have a difficult time justifying treating electronic software as a good under the CISG. While the underlying goal of the CISG is to avoid interpretation based on domestic laws, the reality is that certain fundamental differences cannot be logically avoided. » (T. Cox, *supra* note 786). [Si l'Union européenne traite les logiciels électroniques comme un service en vertu des lois domestiques, les tribunaux et les commentateurs auront de la difficulté à les faire régir par la CVIM comme des biens. Alors que le but sous-tendant la CVIM est d'éviter les interprétations fondées sur les lois domestiques, la réalité impose que certaines différences fondamentales ne peuvent être évitées].

Dans le cadre des négociations et accords commerciaux, le Canada est actuellement en train de réfléchir à la « classification des logiciels livrés par voie électronique », question « complexe pour les membres de l'Organisation mondiale du commerce ». En effet, « [l]es échanges de biens et de services au niveau international sont régis par deux accords distincts qui relèvent de l'OMC: L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) ». Or dans aucun des deux accords ne trouve-t-on de définitions des « biens » et des « services ». Aussi, ne sait-on pas « dans le cas des produits pouvant être livrés sous forme numérique via Internet […] exactement lequel des deux Accords s'applique à ce genre de contenu ». (Voir Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Classification des logiciles livrés par voie électronique», 5 mai 2002, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_nonpaper-f.asp>, consulté le 11 juin 2002).

À cet égard, signalons que l'OMC elle-même n'a, semble-t-il, pas toujours pas réussi à prendre de décision en ce qui concerne la défintion des services informatiques.

[799] T. Cox, *supra* note 786. [Le même logiciel ne doit pas être traité différemment selon qu'il est livré sur un disque ou transmis par voie électronique puisque l'intention de l'acheteur est la même dans les deux cas].

La Communauté européenne n'a pas été sensible à cette logique puisqu'elle fait une distinction entre logiciel sur disque, considéré comme un bien et logiciel électronique qualifié de services.

Même si d'un point de vue purement théorique, on peut faire une différence sur la nature du cyberespace en fonction de l'utilisation qui en est faite – prendre et passer une commande ou véhiculer des données objets d'une opération commerciale – nous proposons plutôt d'écarter cette vision proche de la géométrie variable, pour ne pas dire aléatoire, par souci de cohésion et de logique. Nous pouvons faire le parallèle avec la poste traditionnelle en proposant l'exemple d'un contrat de vente portant sur un petit objet. Que les contractants s'échangent des documents en vue du contrat ou que l'objet soit expédié par voie postale ne change rien au fait que les enveloppes qui contiennent les uns et les autres restent des enveloppes et que le service postal reste le service postal.

2. Espace et moyen de communication

Nous venons de voir que chercher à qualifier le monde virtuel en fonction de la façon dont sont exécutées les obligations nées en son sein constitue, selon nous, une fausse piste. Prenant appui sur son fonctionnement et les activités qui s'y déroulent, il est plus efficace, pour tenter de résoudre la question, de prendre pour objet de réflexion le monde virtuel lui-même et ses caractéristiques. À défaut d'être en même temps et un espace et un moyen de communication, peut-être est-il soit l'un soit l'autre.

Certains auteurs ne voient dans le monde virtuel qu'un moyen de communication[800]. S'opposent à eux ceux qui le considèrent comme un espace[801].

Mentionnons que le droit américain s'est écarté des qualifications biens/services pour créer une catégorie propre aux données numériques que l'article 102 (10) du *Uniform Computer Information Transactions Act* désigne par l'expression « *computer information* ». (*Supra* note 758).

Ces divergences d'opinions et de qualifications font dire à Trevor Cox que « [t]he international treatment of software is in a state of chaos ». (*Supra* note 786). [Le traitement international des logiciels est un véritable chaos].

[800] Voir G. Kaufmann-Kohler, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges? » dans K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, dir., *supra* note 745, 89 aux pp. 90-91.). Voir également dans une certaine mesure M. Vivant, *supra* note 784 à la p. 86. On pourrait également classer dans les tenants du

Ces deux clans sont-ils réellement en désaccord ? Nous pensons qu'ils n'arrivent pas à trouver un terrain d'entente car ils ne parlent pas de la même chose, même si, comme nous avons eu l'occasion de le signaler plus haut, ils utilisent souvent les mêmes termes. Et c'est peut-être justement là que le bât blesse[802].

2.1 L'espace

Comme nous l'avons mentionné, pour plusieurs auteurs, le cyberespace ne relève pas de la catégorie des moyens de communication. Ceux qui revêtent le monde virtuel d'attributs topographiques parlent de « lieu », de « continent »[803], d'« espace ».

2.1.1 Esquisse du concept d'espace

La notion d'espace a depuis longtemps intéressé bon nombre de penseurs, qu'ils soient mathématiciens, physiciens, géographes, artistes, juristes ou philosophes. Sans prétendre pouvoir rivaliser avec aucun d'entre eux et bien consciente que l'espace a reçu autant de définitions que d'observateurs ou même d'angles selon lesquels on l'aborde[804], nous allons cependant tenter de cerner ce concept[805]. Pour ce faire, nous exclurons les considérations trop strictement liées à

---

moyen de communication Olivier Cachard, par défaut, puisqu'il dit avoir « établi que le cyberespace n'est pas un espace ». (O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 183).

[801] Voir, entre autres, J. Attali dans ICC, « The World Business Agenda for Electronic Commerce – The new frontier of Cyberspace », en ligne: <http://www.iccwbo.org/conferences/success_story.htm> (consulté le 27 novembre 1997); F. Dupuis-Toubol, M.-H. Tonnelier et S. Lemarchand, « Responsabilité civile et Internet », J.C.P. éd. E, 1997, no 13, à la p. 135; D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18; J.-J. Lavenue, *supra* note 10; P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p . 1-13; M. Wautelet, *supra* note 734 aux pp. 8, 9.

[802] En ce qui concerne l'utilisation de l'expression polysémique « moyen de communication » qui ajoute encore à la confusion, voir ci-dessous à la p. 268.

[803] J. Attali, *supra* note 801.

[804] Parlant du « topos » (τοπος) qui signifie à la fois lieu et espace, Aristote n'a-t-il pas dit que « la question de savoir ce que peut bien être le lieu est pleine de difficulté; en effet, il n'apparaît pas unique à qui l'examine selon toutes ses propriétés »? (Aristote, *Physique*, IV, 1, 208 b 32, traduction de Carteron, dans F. Makowski, « Négligence du lieu et émergence de l'espace dans la *Physique* (IV, 1-5) d'Aristote » dans R. Barbaras, dir., *L'espace lui-même*, Revue Épokhè no 4, Grenoble, Éditions Jérôme Million, 1994 à la p. 71).

[805] Car il s'agit bien d'un concept et Renaud Barbaras rappelle que pour le philosophe tchèque Jan Patocka, « le concept d'espace fait partie de la métaphysique inconsciente que chacun a reçu de l'histoire des sciences et de la

l'espace physiologique[806] de même que les démonstrations géométriques pour rester sur un terrain plus général.

Il est certain que l'espace est un objet fort difficile à étudier, à circonscrire, à décrire en particulier parce qu'il est matériellement insaisissable[807]. Les philosophes se sont souvent partagés sur la question de l'extériorité de l'espace. Au XVIIIème siècle, les Encyclopédistes faisaient état de l'opposition des philosophes sur ce point :

> Les uns disent que l'*espace* n'est rien sans les corps, ni même rien de réel en lui-même; que c'est une abstraction de l'esprit, un être idéal, que ce n'est que l'ordre des choses entant qu'elles co-existent, & qu'il n'y a point d'*espace* sans corps. D'autres, au contraire, soutiennent que l'*espace* est un être absolu, réel, & distingué des corps qui y sont placés; que c'est une étendue impalpable, pénétrable, non solide, le vase universel qui reçoit les corps qu'on y place; en un mot, une espèce de fluide immatériel & étendu à l'infini, dans lequel les corps nagent[808].

Sans chercher à trancher – loin de nous cette idée – la question de l'inclusion du sujet ou non dans l'espace, nous constatons cependant que fait partie de l'espace l'environnement dans lequel le sujet agit. Au-delà de la sphère immédiate, en fait également partie celui dans lequel il se projette. Le corps, la présence physique, n'est pas nécessaire à la perception, nous dirions presque à la sensation, de l'espace[809].

---

philosophie modernes depuis le XVIIe siècle » (R. Barbaras, « Avant-propos » dans R. Barbaras, *supra* note 804 à la p. 7)

[806] Au sens où l'entendait Ernst Mach pour qui « [c]haque sens a […] un *espace physiologique* qui lui est propre, plus homogène pour le toucher que pour la vue, plus isotrope pour la vue que pour le sens musculaire, etc. » (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1, 3e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1993, à la p. 299. [Les italiques sont dans le texte original])

[807] Voir le très intéressant travail de S. Mussi, *Cyberespace et cybermonde : réflexion philosophique sur le rapport au monde et la technique*, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître es arts (M.A.), Faculté des études supérieures, Université Laval, Septembre 1997, en particulier sur cette question à la p. 101.

[808] *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, *s.v.* « espace ». [Les italiques sont dans le texte original]

[809] La matérialité de l'espace occupe une place importante dans la réflexion des penseurs. Jan Patocka rappelle que Newton qualifiait de « vulgaire » l'espace « sensible et matériel ». L'adjectif s'oppose chez lui à spirituel, puisque « [l]'inaccessibilité aux sens corporels signifie spiritualité, et cette spiritualité, c'est la présence de Dieu à tous les points de l'univers ». (Voir J. Patocka, « L'idée d'espace depuis Aristote jusqu'à Leibniz (Esquisse

Le cinéma permet d'illustrer cette affirmation[810]. Lorsque dans l'obscurité d'une salle, nous regardons une scène se déroulant par exemple sur la Place de l'Étoile à Paris, nous sommes à Paris, sur cette place, peu importe que nous soyons « charnellement » assis dans un fauteuil de cinéma à Québec et malgré le fait que l'image soit plate et délimitée par un écran. Nous sommes transportés dans un espace autre que celui qui nous entoure immédiatement. Le corps est en un point de l'espace, l'esprit en un autre. Qui plus est, lorsqu'au cinéma, la caméra filme une scène se déroulant dans une pièce, non seulement sommes-nous « là », dans cette pièce, dans cet espace que nous voyons mais en outre si quelqu'un pénètre dans cette pièce en ouvrant une porte ou parle dans une autre pièce que celle où se déroule la scène, le hors-champ agrandit l'espace dans lequel nous sommes transportés puisque nous sommes d'une part dans la pièce et d'autre part, nous avons conscience de l'espace qui la jouxte.

Le lieu où nous sommes fait partie de l'espace et en fait également partie celui, infiniment distant, dans lequel notre pensée, notre esprit, peuvent nous transporter[811], la notion de « lieu » n'étant que la délimitation concrète d'une parcelle d'espace. L'espace est donc un « concept » dans lequel l'être humain évolue soit réellement soit « virtuellement »[812].

Que font certains moyens de communication si ce n'est nous déplacer plus ou moins partiellement dans l'espace? Lorsque du Québec, quelqu'un téléphone à un

historique) », *Sbornik praci filosofické fakulty brnenské university*, Rada umenovedna (F), vol. X, no 5, Bron, 1961 23, en particulier à la p. 36).

[810] L'analogie avec le cinéma est empruntée à S. Mussi, *supra* note 807.

[811] Comme le disait Blaise Pascal, « [p]ar l'espace, l'univers me comprend et m'engloutit comme un point, par la pensée, je le comprends ».

[812] Le mot « virtuel » est, depuis la naissance du cyberespace, employé par tous, souvent sans discernement. Nombreux sont ceux qui en ignorent le sens et qui croient qu'il s'agit d'une notion nouvelle. Or Littré en donne déjà une définition. (« Qui est seulement en puissance et sans effet actuel ». *Le Littré*).

Un chercheur en informatique médicale fait bien ressortir la différence entre virtualité et potentialité : « Le propre du virtuel est d'être présent sans être effectif : il est abstrait, inaccessible bien que présent. […] Le potentiel, c'est ce qui n'est pas actuel, mais qui peut le devenir dans l'avenir. Alors que le virtuel est présent et demeure inaccessible, le potentiel est absent et devient actuel. » (B. Bachimont, « Du texte à l'hypotexte : les parcours de la mémoire documentaire », en ligne : <http://www.utc.fr/costech/docs/texte_hypotexte.pdf> consulté le 1er juillet 2002).

interlocuteur situé en France, l'espace dans lequel l'un et l'autre agissent, interagissent, s'étend. Le premier est partiellement en France, le second dans une certaine mesure au Québec[813].

2.1.2 Application au cyberespace

Les relations sociales ne peuvent se dérouler que dans un espace, quelle qu'en soit la définition que l'on adopte et quelle que soit la façon dont on y accède. Si, par le truchement du téléphone justement, la gamme des interactions[814] que l'on a « ailleurs » avec autrui est relativement restreinte puisqu'on ne peut guère que s'échanger des informations, communiquer verbalement, qu'en est-il du cyberespace? « Certains ont pu souligner que la vie sur Internet ressemble à la vie urbaine, avec ses accès (portails), sa circulation gratuite sur les trottoirs d'Internet et sur les autoroutes de l'information, ses cafés (forums de discussion), ses boutiques (e-commerce), ses lieux de loisirs (sites musicaux, musées virtuels) […] »[815].

Rappelons qu'une opération commerciale peut s'effectuer *intégralement* par le biais du réseau : formation et conclusion du contrat, paiement et livraison du bien, le tout en ligne. Les parties, dans ce cas, font plus que communiquer. Elles interagissent socialement et ce, dans le cyberespace. Il ne s'agit donc pas seulement d'un moyen technique par lequel des personnes entrent en relation. Pourtant, rétorqueront certains, si le client ne fait que commander, le raisonnement s'effondre. À notre avis, il n'en est rien. Prenons un exemple en matière de contrat de vente entre un commerçant et un particulier, et, supposons, dans le monde réel, la situation suivante : un touriste québécois visite une librairie parisienne et désire y acheter un livre sur les ponts de la capitale française. Le libraire, après consultation de son

---

[813] C'est par un raisonnement du même type que la Cour d'appel de Paris, au début du XX[e] siècle, avait résolu la question de la formation d'un accord par téléphone. Vincent Gautrais rappelle « que les juges [considérèrent] que l'accord conclu par téléphone intervient entre présents, se fondant sur une fiction par laquelle la partie qui a pris l'initiative de la communication s'est déplacée au domicile de l'acceptant pour y conclure un contrat de vive voix ». (V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 196.)

[814] Nous parlons ici uniquement du type des interactions, non de leur objet.

inventaire, indique au client qu'il ne lui en reste aucun exemplaire mais qu'il peut en faire venir un d'ici une semaine. Comme le touriste doit rentrer chez lui le lendemain, l'affaire est toutefois conclue, le Québécois payant le prix du livre et le commerçant s'engageant à le lui expédier par la poste dès réception. Bien qu'il n'y ait pas exécution concomitante des obligations, peut-on nier que le Québécois se soit rendu dans un lieu précis, la librairie? Il serait pour le moins surprenant d'en déduire qu'il y a eu vente par le biais d'un moyen de communication.

William Gibbons, le « père » du cyberespace, en parlait comme d'une « hallucination consensuelle », permettant des relations sociales et charnelles parfaitement simulées. Pour lui, comme pour d'autres, versés sans doute dans la science-fiction,

> [l]e cybernaute est relié au monde informatique directement par son système nerveux. Le corps disparaît au profit de l'esprit, d'un esprit qui pourtant reçoit des sensations et ne peut agir que par ses sens : vue, toucher, ouïe, odorat et goût ne sont pas absents de la Matrice, et la conscience d'une sorte de corps est forte, à tel point que le héros, Case, n'est pas toujours capable de savoir où il se trouve : dans le « vrai » monde, ou dans la Matrice[816]?

Sans toutefois aller aussi loin dans l'anticipation, le juriste Étienne Dubuisson estime pour sa part que le cyberespace est peuplé d'êtres humains mais dont toute référence au corps est abandonnée car « l'échange télématique ne tolère pas ce qui est physique »[817]. En effet, « il existe une solution de continuité entre le corps humain

---

[815] B. Stern et B. Taxil, « Internet comme système social » (2000) 2 *International Law FORUM du droit international* 157 à la p. 160.

[816] S. Mussi, *supra* note 807 à la p. 120.

[817] É. Dubuisson, « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique » (1995) 3 D.I.T. 4 à la p. 6.

– support de la personne – et le réseau »[818], où ne circulent et où ne peuvent circuler que des informations[819].

Il suggère de concevoir un être spécifique aux échanges numérisés, la « personne virtuelle », dont la vie n'existe que sur les réseaux et qui présente deux aspects. L'un, statique, qu'Étienne Dubuisson désigne comme la « domiciliation abstraite », permet à l'individu d'indiquer par le biais du réseau qui il est et « où » il se trouve[820] ; l'autre dynamique, la « télépersonnalité », lui permet d'agir.

Cette théorie, bien que séduisante, ne peut trouver application à l'heure actuelle. Pour qu'elle soit pleinement efficace, il faudrait, ce qui n'est pas encore le cas, que

> toute personne [possède] un identificateur numérique unique, d'un format universellement reconnu, qu'elle [utilise] pour authentifier ses transactions électroniques. Elle pourrait donc naviguer sur l'Internet et conclure des transactions avec qui elle voudrait en étant convaincue que l'identificateur de l'autre partie fournirait un moyen juridiquement valable d'identifier cette dernière au cas où la transaction donnerait lieu à un procès[821].

Ce n'est pas la première fois que les juristes sont confrontés avec le problème d'activités se déroulant ailleurs que sur la terre ferme et qui les éloignent de leurs repères habituels, notamment celui du monde divisé en territoires et en États. Il en va ainsi de ce que l'on nomme communément l'espace, soit l'espace extra-atmosphérique. Sa définition, sa délimitation et les règles juridiques devant régir les

---

818 *Ibid*.

819 Les informations comprennent « le numéro d'identification mémorisé en un microprocesseur, […] le mot de passe contrôlé par un algorithme, [et] la validation d'une saisie numérisée. » (*Ibid*.).

820 « Au domicile de la société traditionnelle correspond l'indexation des informations nominatives dans le réseau ; à l'adresse géographique de ce domicile correspond le numéro d'identification de la personne. […] Dès lors, utiliser son identifiant, c'est donner à un correspondant l'adresse d'un domicile abstrait où ce correspondant pourra se saisir des informations nominatives dont il a besoin pour gérer son rapport à cette personne ». (*Ibid*. à la p. 16.)

821 A. Pincus, « L'élaboration d'un cadre juridique uniforme pour le commerce électronique », en ligne : <http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/0500/ijef/frpinc.htm> (consulté le 3 janvier 2001).

activités qui s'y déroulent ou qui y sont rattachées ont fait et font encore l'objet de nombreux travaux.

Entre autres, à partir du moment où l'on parle d'espaces distincts[822], il est nécessaire de fixer la frontière qui les sépare pour pouvoir relever les activités et les règles applicables aux uns et aux autres. Philippe Kahn rappelle que les opérateurs du commerce spatial ont trouvé une solution simple

> aussi bien [en ce qui concerne] la définition de l'espace extra-atmosphérique que sur ce qui relève des opérations spatiales. En effet dans les contrats de lancement des satellites, le moment où l'on passe du terrestre au spatial est clairement indiqué et correspond à celui où, après la mise à feu des moteurs, l'ouverture des crochets libère le lanceur. La rupture avec la terre est consommée et l'on entre dans la phase spatiale de l'opération bien que pendant un certain temps l'engin soit encore dans l'espace atmosphérique, quelle que soit sa définition[823].

De même, on peut se demander à quel moment une relation ou une activité devient cyberspatiale. Autrement dit, quand pénètre-t-on dans le cyberespace? Dans ce cas, la réponse semble moins difficile que dans celui de l'espace extra-atmosphérique[824]. En effet, une barrière matérielle, palpable sépare le monde réel du

---

[822] L'écrivain français Georges Perec estimait que « […] les espaces se sont multipliés, morcelés et diversifiés. Il y en a aujourd'hui de toutes les tailles et de toutes les sortes, pour tous les usages et pour toutes les fonctions. Vivre, c'est passer d'un espace à un autre, en essayant le plus possible de ne pas se cogner. » (G. Perec, *Espèces d'espaces*, Paris, Denoël-Gonthier, 1976).

[823] Ph. Kahn, « Situation d'un droit commercial spatial » dans Ph. Kahn, dir., *L'exploitation commerciale de l'espace, droit positif, droit prospectif*, Paris, Litec, 1992, 91 à la p. 92.

[824] Il existe trois façons de fixer les limites de l'espace extra-atmosphérique. La première repose sur un critère technique ou scientifique, par exemple, en tenant compte de l'altitude à partir de laquelle les avions ne peuvent plus voler ou de celle où les effets de la gravitation ne se font plus sentir; la seconde consiste à fixer arbitrairement ou conventionnellement la limite et la troisième se fonde sur une approche fonctionnelle en vertu de laquelle on fait une distinction entre activités aéronautiques et activités astronautiques, peu importe l'altitude à laquelle elles se déroulent. Voir à ce sujet I. H. Ph. Diederiks-Verschoor, *An introduction to space law*, 2[e] éd., The Hague, Kluwer Law International, 1999 aux pp. 18, 19.

Actuellement, la méthode fondée sur le critère technique, sur l'altimétrie, est retenue : « Il n'y a pas de frontières juridiquement reconnues entre l'espace aérien et l'espace extrat-atmosphérique. Cependant, en pratique, il est généralement admis que l'espace extra-atmosphérique commence à l'orbite la plus basse possible d'un satellite, laquelle se situe actuellement à une altitude comprise entre 80 et 120 kilomètres. La délimitation de l'espace extra-atmosphérique n'est donc pas bien définie. » (A. M. Balsano, « Un instrument juridique international pour le cyberespace? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique », dans T. Fuentes-Camacho, dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Paris, Économica, 2000, 159 à la p. 167).

monde virtuel : « While [the] electronic communications play havoc with geographic boundaries, a new boundary, made up of the screens and passwords that separate the virtual world from the “real world” of atoms, emerges. This boundary defines a distinct Cyberspace […] »[825]. On ne pénètre pas dans le cyberespace à son insu. L’écran d’ordinateur, ou de télévision ou de téléphone portable, le clavier et le mot de passe constituent autant de « barrières », de « frontières » qu’il faut franchir pour entrer dans le monde virtuel.

Nous sommes tentée de proposer une suggestion subsidiaire. À défaut de preuve de l’existence du monde virtuel en tant qu’espace[826], si la démonstration ne convainc pas, pourquoi ne pas proposer un postulat, comme le font David Johnson et David Post et considérer le cyberespace « as a distinct “place” for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the “real world” »[827]? Le recours à la notion de fiction juridique pourrait parfaitement convenir à notre position. En effet, elle

> sert à emporter l’adhésion à ce qui serait rationnellement inacceptable : qu’un oiseau soit un immeuble, que la personne du mort se continue, que le temps ne se soit pas écoulé. Si elle est dotée d’une certaine efficacité, ce peut être parce qu’elle évite d’exprimer une innovation troublante; les particuliers supporteront mieux ce qui leur semblera l’application d’une règle connue et habituelle. À l’inverse, la fiction évite la réaction de rejet des juristes parce qu’elle avoue être une déformation de la vérité; un oiseau ne peut être un immeuble que par fiction consciente, par convention de langage[828].

Pour Denis Alland, cette solution a été choisie parce que « les États […] restent très attachés aux circonscriptions zonales ». (D. Alland, « Les représentations de l’espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit (Le droit internationa*l), t. 32, Paris, Sirey, 1987 163 à la p. 173.)

[825] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [Alors que les communications électroniques remettent en cause les limites géographiques, apparaît une nouvelle frontière, faite d’écrans et de mots de passe, qui sépare le monde virtuel du « monde réel », atomique].

[826] Comme l’a fait remarquer Bertrand Russell, le philosophe anglais prix Nobel de littérature, « les controverses les plus furieuses ont pour objet des matières où il n’y a aucune sorte de preuve ».

[827] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [comme un lieu « distinct » pour les besoins de l’analyse juridique en admettant l’existence d’une frontière légale significative entre le cyberespace et le « monde réel ».]

[828] Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p. 149.

2.1.3 Principales caractéristiques de l'espace virtuel

Parler d'un nouvel espace oblige à observer quels liens il entretient avec le seul univers dans lequel les hommes évoluaient jusqu'à récemment ainsi qu'à vérifier comment il peut être appréhendé par le droit.

a) un espace propre

Il nous semble tout à fait adéquat d'attribuer au cyberespace la qualité d'espace, comparable à ceux dont parle Michel Virally, « non susceptibles d'établissement permanent…(qui) constituent des lieux de rencontre et de communication »[829], personne ne pouvant nier que le cyberespace est un environnement où s'effectuent de nombreuses interactions entre les êtres humains, où se nouent des relations, relevant de différents registres et allant au delà du simple fait de communiquer. Ce n'est pas par l'entremise du cyberespace que des relations se forment, c'est en son sein même.

Il est certes difficile de percevoir les contours de l'espace virtuel, même si nous avons vu que sa limite avec la « terre » ne pose pas de difficulté, mais on peut dire qu'il a une dimension à géométrie variable puisque sa taille dépend de son réseau de moyen de communication[830].

Comme, pour certains, le cyberespace constitue un univers en soi, ils parlent d'une communauté virtuelle[831]. À notre avis, il serait plus exact de voir dans le cyberespace *diverses* communautés, toutes virtuelles, ayant chacune leurs activités,

---

Parlant de concepts indémontrables, pour rester dans le registre des vues de l'esprit, nous sommes prête à adopter une position pascalienne et faire le « pari » que le cyberespace est un espace. On n'a rien à y perdre mais tout à y gagner.

[829] M. Virally, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », (1983) 183 R.C.A.D.I. 9 à la p.139.

[830] Pierre Trudel et son équipe observent : « Le réseau n'est pas dans l'espace, il est l'espace ». (*supra* note 17 à la p. 1-13.)

[831] Par exemple, pour Vincent Gautrais, le cyberespace constitue une « communauté avec une identité propre. » (*Supra* note 18 à la p. 29).

leurs intérêts, leur langage, éventuellement leurs règles ou codes. Pour n'en citer que quelques unes, on peut ainsi penser à la communauté des marchands, à celle des joueurs ou à celle des pirates (*hackers*).

Ce nouvel espace n'est évidemment pas un espace indépendant dans la mesure où, pour paraphraser Philippe Kahn, les activités qui se déroulent dans le cyberespace profitent à la terre[832] et qu'elles relèvent toutes d'êtres humains. Il a bien sûr des liens avec le monde terrestre, les activités qui s'y déroulent y ayant une origine et des conséquences.

Le cyberespace partage une particularité avec l'espace extra-atmosphérique : il « ne se prête pas à division en zones quelconques »[833]. En effet, en son sein même, aucune frontière n'existe, ce qui exclut la « prise en compte possible de celui-ci en terme de souveraineté territoriale »[834]. On dit souvent que dans cet espace, les frontières deviennent poreuses. On peut soutenir qu'il n'y a carrément plus de frontières, ce qu'illustre parfaitement l'image de McLuhan, le village global, même si elle est devenue banale. Non seulement n'y a-t-il pas de découpage ou de délimitation territoriaux internes, mais en outre la notion de distance n'est pas plus pertinente. Un message est aussi rapidement transmis à l'autre bout de la planète qu'au sein d'une même entreprise.

Justement, en raison de la globalité du cyberespace, il est difficile d'accoler des repères territoriaux terrestres aux transmissions des données et aux liens qui peuvent se nouer entre cybernautes :

> Messages can be transmitted from any physical location to any other location without degradation, decay, or substantial delay, and

---

[832] Voir Ph. Kahn, *supra* note 823 à la p. 92.

[833] Y. Kolossov, « Les aspects spécifiques de la régulation juridique internationale des activités spatiales et du régime de l'Espace » dans A. S. Piradov, dir., *Le droit international de l'espace*, U.R.S.S., Les éditions du Progrès, 1976 à la p. 17.

[834] J.-J. Lavenue, *supra* note 10 à la p. 824.

> without any physical cues or barriers that might otherwise keep certain geographically remote places and people separate from one another. The Net enables transactions between people who do not know, and in many cases cannot know, the physical location of the other party[835].

Comme l'écrit le philosophe Pierre Lévy, « [l]orsqu'[…] un acte, une information se virtualisent, ils se mettent "hors-là", ils se déterritorialisent »[836]. Afin d'illustrer le décalage entre nos repères territoriaux habituels et le cyberespace, prenons un exemple simple. Supposons qu'une partie québécoise et un Français communiquent entre eux par le biais du courrier électronique. La première a une adresse du type sg@globetrotter.qc.ca et le second a pour coordonnées électroniques 101341.314@compuserve.com. Si les lettres qc et ca laissent deviner qu'elles correspondent à Québec et Canada, il est toutefois impossible de déceler la situation géographique de l'autre adresse. En outre, l'adresse donnée au correspondant ne coïncide pas forcément avec le lieu d'activité ni avec le domicile. Il est tout à fait possible, techniquement, que le contractant québécois soit en poste aux U.S.A. pour une période plus ou moins longue et le Français en Italie. Ainsi, le contractant dont l'adresse est au Québec peut être physiquement aux États-Unis lorsqu'il correspond avec son vis-à-vis dont l'adresse est en France. Celui-ci peut fort bien ouvrir son courrier électronique et y répondre à partir de son poste de travail à Turin.

Si l'on utilise le Web, l'énigme territoriale est encore plus grande en raison de l'hypertextualité[837]. Une fois le navigateur lancé, le cybernaute inscrit une adresse URL, http://lexmercatoria.org/, par exemple. Où est-il en termes terrestres? Une fois la page ouverte, en cliquant sur les termes « Electronic Commerce », il est transporté au site dont l'adresse URL est :

---

[835] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [Les messages peuvent être transmis de n'importe quel lieu physique à n'importe quel autre sans dégradation, affaiblissement ou délai substantiel et sans indications physiques ou barrières qui, autrement, créeraient une distance entre lieux géographiques et personnes éloignés. Le Net permet des opérations entre des individus qui ne se connaissent pas et qui, dans bien des cas, ne peuvent savoir où se trouve physiquement leur vis-à-vis].

[836] P. Lévy, *Qu'est-ce que le virtuel?*, Paris, La Découverte, 1995 à la p. 18.

http://www.jus.uio.no/lm/electronic.commerce/toc.html. Là, il choisit de « cliquer » sur la rubrique « Electronic Commerce and EDI» dont l'adresse est http://www.jus.uio.no/iri/rettsinfo/lit/docs/inf_law/edi/edi.html. S'il désire voir ce que contient la rubrique « Law Journal Extra », il est dirigé à l'adresse : http://www.ljx.com/. Rien de tout cela n'évoque quoi que ce soit en termes de liens géographiques et terrestres[838].

Il arrive que les étapes du trajet soient plus limpides ou plus parlantes : on commence par entrer une adresse terminant par .fr et grâce à des « clics » successifs, on finit par aboutir à un site en .ca. Pourtant, même si à première vue, comme nous l'avons signalé précédemment, cela semble indiquer que le trajet a débuté en France pour se terminer au Canada, il n'en est peut-être rien : « The system is indifferent to the physical location of [the] machines, and there is no necessary connection between an Internet address and a physical jurisdiction »[839] .

En plus de ces difficultés, dans les relations cyberspatiales, les attaches territoriales sont fluides, mouvantes, évanescentes, pourrait-on dire, puisque en raison des caractéristiques de la technique un serveur qui ferait l'objet d'une action en justice, par exemple, pourrait être très rapidement déplacé ailleurs, là où la loi lui serait plus favorable[840]. Ajoutons que les repères habituels permettant la localisation

---

[837] Voir ci-dessus à la p. 240.

[838] Cet exemple, testé le 21 avril 2001, est intéressant car il permet de faire une expérience typique des déplacements cyberspatiaux. Lorsque la page correspondant à l'adresse <http://www.ljx.com> s'ouvre, un message s'affiche prévenant que le site a déménagé. Et sans aucune manœuvre de la part du cybernaute, une nouvelle page apparaît automatiquement, à l'adresse <http://www.lawnewsnetwork.com/>. On constate donc que l'utilisateur de l'Internet non seulement se déplace de site en site sans savoir géographiquement où ils sont situés mais en plus, il peut être transporté « ailleurs » à son insu. Voilà qui illustre parfaitement la remarque de l'équipe de l'université de Montréal : l'interactivité « ajoutée au mode hypertexte, permet […] d'amener l'usager dans un lieu ou sur un site auquel il ne s'était pas préparé ». (P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 1-9.)

[839] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [Le système est indifférent à la localisation physique des machines et il n'y a pas forcément de rapport entre l'adresse Internet et la juridiction].

[840] La vitesse ici est de l'ordre de quelques minutes.

d'un acte ou d'un fait sont d'autant plus perturbés qu'entre les utilisateurs viennent se greffer des intervenants qui peuvent être disséminés aux quatre coins du monde[841].

Pour toutes ces raisons, un recensement des activités fondé sur la localisation des intervenants ou des activités elles-mêmes peut s'avérer extrêmement difficile. Il est quasiment impossible de chiffrer l'utilisation – on pourrait dire la fréquentation – du cyberespace en fonction du pays. En effet, nous avons constaté que l'analyse des adresses n'est pas très révélatrice de la « localisation terrestre » de la machine puisque le premier niveau, le nom de domaine, de ces adresses ne correspond pas forcément à une donnée tangible. Nous avons mentionné précédemment qu'il existe globalement deux catégories de noms de domaine. Les uns sont des noms de domaines géographiques (.ca, .fr, .uk, etc.) et sont administrés par des organismes nationaux. Dans la plupart des pays, l'instance qui attribue les noms de domaines impose un certain nombre de conditions, contenues dans une charte de nommage qui lui est propre. En France, la Charte de nommage de la zone .fr prévoit que « [l]'attribution d'un nom de domaine au sein de la zone de nommage en " .fr " est possible pour tout Organisme demandeur officiellement déclaré en France et pour les personnes physiques résidant en France ou de nationalité française dans le respect des dispositions de la présente Charte […] »[842] . La preuve de la « déclaration » se fait par la présentation d'un « extrait Kbis […]. En conséquence, une société étrangère disposant d'un bureau de représentation en

---

[841] « Outre les lieux d'établissement ou de résidence habituelle des parties, l'emplacement du serveur, la présence d'intermédiaires tels que les fournisseurs d'accès, de "propriétaires" de galeries commerciales ou de bouquets de services viennent un peu plus troubler la situation » (O. Iteanu, *Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996 à la p. 34.)

En ce qui concerne les serveurs, rappelons qu'il s'agit d'ordinateurs équipés de logiciels particuliers qui leur permettent de connecter plusieurs ordinateurs entre eux et de stocker de l'information. Un ordinateur portable peut très bien faire office de serveur. Il peut donc être déplacé très facilement et rapidement. En outre, il existe des « rerouteurs » qui permettent d'effacer l'adresse du serveur d'où part l'information.

[842] En ligne : <http://www.nic.fr/enregistrement/nommage-fr.html> (consulté le 7 octobre 2002). Un « organisme demandeur » est une « personne physique ou morale qui demande, par l'intermédiaire d'un Prestataire Internet membre de l'AFNIC, un acte d'administration sur un Nom de domaine ». (*Ibid.*) En France, la zone « .fr » est décomposée en domaines publics (« .fr », « .asso.fr », « .nom.fr », etc.), domaines sectoriels (« .avocat.fr », « .experts-comptables.fr », etc.) et conventions de nommages (pour les Ambassades « amb-nom.fr », ce qui donne pour l'ambassade de France à Washington « amb-wash.fr », pour les Universités, « u-nom.fr ».)

France (muni de numéro SIREN) ou d'une marque validée à l'INPI, peut avoir un .fr »[843].

Au Canada, les règles pour pouvoir faire partie des désignations « .ca » ont été modifiées le 8 novembre 2000[844]. Les modifications ont principalement porté sur les exigences en matière de « présence canadienne ». À cette fin, les règles distinguent maintenant dix-huit catégories de personnes ou entités qui peuvent avoir l'autorisation de faire une demande d'enregistrement en « .ca ». Si, selon les exigences antérieures, on pouvait considérer le lien avec le Canada trop strict, on constate que maintenant ce lien peut être très ténu. Parmi les catégories qui nous intéressent, on remarque que tout citoyen canadien peut faire une demande d'enregistrement. Aucune obligation de résidence effective n'est prévue puisque, il faut être « citoyen canadien ayant atteint l'âge de la majorité en vertu des lois en vigueur dans la province ou le territoire du Canada dans lequel il réside ou a résidé en dernier »[845]. Prise littéralement, cette exigence n'indique même aucune présence sur le territoire canadien. Quant aux personnes morales, elles doivent être « constituée[s] sous le régime des lois du Canada ou d'une province ou d'un territoire du Canada »[846]. Or, au Québec, la *Loi sur les compagnies*[847], prévoit pour constituer une compagnie sous son empire, que le seul lien obligatoire avec le Québec est que son siège y soit établi.

---

[843] En ligne : <http://www.nic.fr/faq/#2-2> (consulté le 7 octobre 2002). Le K-bis est un extrait des registres du greffe des Tribunaux de commerce qui contient les informations essentielles concernant une entreprise : raison sociale, capital, objet social, administrateurs, siège, établissements, etc. Le numéro SIREN est le numéro d'inscription au registre du commerce. L'INPI est l'Institut National de la Propriété Industrielle.

[844] Les règles antérieures, fixées par l'Université de la Colombie-Britannique, étaient tellement contraignantes qu'elles freinaient les enregistrements. Notamment, pour une personne morale, il était nécessaire d'avoir des bureaux dans *plusieurs* provinces ou territoires canadiens.

Voir les règles actuelles sur le site de l'Autorité Canadienne pour les Enregistrements Internet, l'Acei.ca, en ligne : <http://www.cira.ca/fr/home.html> (consulté le 22 mai 2001).

[845] En ligne : <http://www.cira.ca/official-doc-french/3.FCanadian.pdf> (consulté le 22 mai 2001). Une seule personne est totalement dispensée expressément et implicitement de toute présence actuelle ou passée sur le territoire. Il lui suffit d'être ce qu'elle est pour obtenir le droit de demander l'enregistrement en « .ca ». Il s'agit de « Sa Majesté la Reine. Sa Majesté la Reine Élizabeth II et ses successeurs ».

[846] *Ibid*.

[847] L.R.Q., c. C-39.

Tout comme en France, le rattachement territorial peut donc être minime et ne se traduire, par exemple, que par la présence de matériel ou de personnel.

Malgré tout, on pourrait donc penser que les adresses comportant l'abréviation d'un nom de pays donnent des indications relativement fiables quant à la situation géographique du cybernaute. Pourtant, cela n'est pas exact car dans certains pays, « les organismes gérant l'attribution des noms de domaine "nationaux" […] ne prévoient aucune condition pour l'enregistrement. Cette dernière sorte d'extension, englobant aussi les ".ac" (Iles Ascension) et ".vg" (Iles Vierges) n'est donc plus vraiment territoriale »[848]. Il en va de même pour les domaines « .ch » et « .li », disponibles pour toute entité quelle qu'elle soit et où qu'elle se trouve, en d'autres termes pouvant n'avoir aucun lien avec la Suisse ou le Lichtenstein[849].

Par conséquent, « il convient d'insister sur le fait que l'expression "site étranger" n'est pas pertinente. En effet, la manière dont les noms de domaines sont attribués interdit de déterminer la "nationalité" d'un site »[850].

L'attribution de l'autre type de noms de domaines, les noms de domaines génériques, à connotation internationale (.com, .net, .org), est gérée par un organisme privé, l'ICANN. Ces noms « peuvent être enregistrés par n'importe quel registraire quel que soit le pays du requérant »[851]. Comment déterminer alors où est située l'entreprise dont l'adresse se termine par « .com »[852]?

---

[848] En ligne : <http://www.droit-technologie.org/articles/consumers_internetguide_fr.pdf> (consulté le 8 octobre 2000).

[849] Voir en ligne : <http://www.nic.ch/fr/terms/policy-fr.html> (consulté le 6 juin 2001).

[850] C. Kessedjian, *supra* note 11 à la p. 66.

[851] P.-E. Moyse, « Les noms de domaine au Canada -- . CA et .COM », en ligne : <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iinomdomaine.htm> (consulté le 10 février 2001).

Le terme « registraire » est calqué sur le mot anglais « *registrar* ». L'AFNIC l'utilise dans sa forme d'origine pour désigner les organismes qui attribuent les noms de domaines à vocation internationale alors qu'elle parle des « autorités locales » pour l'attribution lorsqu'il s'agit de domaines nationaux.

[852] En 1996, la société Network Wizards estimait qu'un tiers des sites français étaient enregistrés en « .com » et non en « .fr ». Voir en ligne : <http://www.pictoris-interactive.fr/pages/affiche/presse.html> (consulté le 18 février 1998).

b) un « espace-étendue »

Le droit n'a pas l'habitude de laisser des espaces vacants : « Le droit international est […] créateur d'espaces qui sont, à des degrés de démiurgie divers, plus ou moins abstraits par rapport à la nature. Le droit vit de fictions et ses espaces sont des catégories juridiques, elles-mêmes génératrices de fictions spatiales »[853].

Les espaces peuvent être qualifiés de deux façons, soit comme des « étendues », soit comme des « choses ». Dans le premier cas, l'espace fait office de cadre, de récipient d'activités alors que dans le second il est considéré comme un objet en soi, « sur lequel peuvent être constitués des pouvoirs "réels", ceux qu'exerce un sujet de droit sur une chose, qui en font un bien […] »[854]. Lorsque l'espace est vu comme une étendue, l'État peut y disposer d'un *imperium* alors qu'il peut exercer un *dominium* sur un espace-chose[855]. Tel est d'ailleurs l'intérêt de la distinction entre l'une et l'autre des catégories.

Le caractère du cyberespace le rend impropre à la qualification d'espace-chose, celui-ci étant un « un objet concret, fait de matière »[856]. On pourrait cependant être tenté de l'assimiler, en termes d'absence de matérialité, au territoire aérien, espace-chose dont dispose tout État[857]. Toutefois, dans ce cas, il existe une continuité logique entre le sol et l'élément qui le surplombe, prolongement à la fois matériel ou géographique et conceptuel, reposant sur la théorie de l'accessoire. Rien dans le cyberespace n'autorise à faire un lien pareil. Ses caractéristiques et la façon

---

[853] D. Alland, *supra* note 824 à la p. 171. Un exemple de fiction spatiale est la théorie de l'extraterritorialité du navire, ce « morceau de territoire flottant. » (Affaire Lotus, CPJI, Recueil, série A, no 9 (1927), p. 22 dans *ibid*.).

[854] J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4ème éd., Paris, Montchrestien, 1999 à la p. 395.

[855] Rappelons que l'*imperium* est le pouvoir de l'État de régir les sujets soumis à sa compétence et que le *dominium* consiste en un « pouvoir domanial, qui habilite [l'État] à déterminer la condition légale de chaque portion du territoire et à exercer sur lui des pouvoirs purement matériels » (*Ibid*. à la p. 418).

[856] *Ibid*. à la p. 395.

[857] Le territoire étatique étant constitué de l'ensemble des espaces sur lesquels l'État dispose d'un *dominum* exclusif et d'un *imperium* exclusif ou concurrent.

dont les activités s'y déroulent le préservent de toute appropriation par un État[858] ou, comme le disait Rolando Quadri à propos des activités spatiales, « par leur nature ces activités ne cadrent pas avec la fonction et le fondement de la souveraineté territoriale »[859].

Le cyberespace se prête mieux à la deuxième qualification possible de l'espace, selon laquelle il est

> une étendue abstraite, dont la substance matérielle est indifférente [et qui] n'a pas d'intérêt en lui-même, mais plutôt en ce qu'il permet de classer les êtres selon la situation qu'ils y occupent : sur le territoire de l'État A, ou sur celui de l'État B, ou dans un endroit étranger à tout territoire et que l'on appelle “espace international”[860].

Précisément, ce sont ces derniers termes qui s'appliquent au cyberespace puisqu'il ne peut être un territoire et qu'y évoluent des sujets soumis à l'*imperium* d'un État ou d'un autre.

Sont actuellement qualifiés d'espaces internationaux[861] la Haute Mer, l'espace aérien, l'Antarctique et l'espace extra-atmosphérique. Se fondant sur

---

858 L'absence de territoire empêche le cyberespace de se qualifier comme un espace souverain, assimilable à une entité étatique puisque le territoire est l'un des quatre éléments fondamentaux prévus à ce chapitre par la Convention de Montevideo en son article premier : « The State as a person of international law should possess the following qualification : (a) permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with other States » (Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États, 26 décembre 1933, adoptée lors de la 7[ème] Conférence des États américains). [Un État, pour être considéré comme une personne de droit international, doit posséder les attributs suivants : (a) une population permanente; (b) un territoire défini; (c) un gouvernement; et (d) la capacité d'entrer en relation avec d'autres États].

859 R. Quadri, « Le droit international cosmique » (1959) III R.C.A.D.I. 507 à la p. 561.

860 J. Combacau et S. Sur, *supra* note 854 à la p. 394.

861 La qualification d'espace international sous-entend celle d'espace-étendue. Aujourd'hui, les espaces-choses ont tous été appropriés par les États et cette appropriation les a fait accéder au statut de territoires étatiques, qu'ils soient terrestres, aériens ou maritimes. Par défaut, on conclut que les espaces non appropriés et non-appropriables sont des espaces-étendues, sortes de « choses communes (*res communes*) fermées à la constitution de titres territoriaux mais aptes à être utilisées par tous ». (*Ibid.*à la p. 396.). Comme l'écrit Jean-Jacques Lavenue, « [c]'est faute d'avoir été incorporés à des espaces souverains que [les mers, l'air et le cosmos] furent considérés comme relevant d'un “espace international” ». (J.-J. Lavenue, « Du statut des espaces au régime des activités : observations sur l'évolution du droit international », (1996) 2 *La Revue Belge de Droit International*, en ligne : <http://www2.univ-lille2.fr/droit/enseignants/lavenue/espace21.htm> consulté le 12 juin 2001).

l'analogie avec ces étendues, un auteur voit dans le cyberespace un espace de la même nature: « [r]ien ne s'oppose donc à considérer *de facto* l'Internet comme un espace international »[862]. Si nous partageons son opinion, nous en retiendrons l'esprit plutôt que la lettre notamment parce qu'il vaudrait mieux parler du cyberespace que de l'Internet[863]. D'autre part, s'écartant un peu du vocable du droit international public, il vaudrait mieux parler d'espace anational – ou pourquoi ne pas le qualifier d'espace commun[864]? – que strictement international dans la mesure où, pour le moment, les États ne se sont pas entendus sur son utilisation, sur les comportements des uns et des autres[865]. Justement, il ne manque actuellement au cyberespace qu'un instrument conventionnel pour se trouver sur un pied d'égalité avec les étendues que nous venons de mentionner; en théorie, rien ne s'y oppose[866].

2.2 Les moyens de communication

À l'opposé de la conception spatiale du monde virtuel, pour certains, sa nature ne fait pas de doute : il ne peut s'agir que d'un moyen de communication. Ainsi, pour Gabrielle Kaufmann-Kohler, l'appellation « cyberespace » est « […] mal choisie. Tout d'abord, il ne s'agit pas d'un espace, d'un lieu ou de lieux, mais d'un moyen de communication »[867].

Il est important à ce stade de signaler une ambiguïté terminologique supplémentaire qui ajoute à la confusion. L'expression « moyen de communication »

---

[862] J. A. Graham, *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), mars 2001 à la p. 121.

[863] Voir ci-dessus à la p. 221 et s.

[864] Jean-Jacques Lavenue le considère d'ailleurs comme un élément du patrimoine de l'humanité (voir *supra* note 10 à la p. 836).

[865] Voir l'analogie proposée par James Graham avec l'affaire du Lac Lanoux (16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 307) où le détournement prévu des eaux du lac par la France pouvait avoir des conséquences pour l'Espagne. (*Supra* note 862 aux pp. 122-123.)

[866] Sur cette question, voir J.-J. Lavenue, *supra* note 10. Voir également M.R. Burnstein, « Conflicts on the Net : Choice of Law in Transnational Cyberspace » (1996) 29 Vanderbilt Jl of Transnational Law 75 à la p. 112 et s.

[867] G. Kaufmann-Kohler, *supra* note 800 aux pp. 90-91. D'ailleurs, pour cette juriste, le terme cyberespace est « doublement » erroné car outre le fait qu'il ne s'agisse pas d'un espace, l'allusion, par la racine grecque, à la notion de gouvernement est fallacieuse puisque « le cyberespace ne gouverne rien et [...] n'est pas gouverné ».

peut désigner aussi bien des moyens techniques grâce auxquels des personnes se transmettent des messages, comme le téléphone, le fax, que ceux qui permettent de passer d'un lieu à un autre[868], comme le train. La comprendre et l'utiliser dans un sens ou dans l'autre emporte, à notre avis, des conséquences différentes, même opposées. Dans le premier sens, le « moyen de communication » implique que la distance entre les interlocuteurs est maintenue alors que dans le second, que nous désignerons toujours comme un « moyen de transport », au contraire il sert à la réduire à néant. Il semble que généralement, les partisans du moyen de communication l'entendent dans le premier sens.

L'argument fondamental semblant donner raison à cette position repose sur le fait que les individus qui établissent une relation cyberspatiale ne sont pas en présence *physique* l'un de l'autre. De plus, le fait que, par exemple, sur un site Web on ne puisse toucher les biens mis en vente signifie que le cybernaute en est éloigné et donc, que le site Web ne sert qu'à transmettre de l'information, ce qui, nous venons de l'expliquer, est erroné. La conviction est vraisemblablement renforcée par l'existence du « courrier » électronique. Qui dit courrier dit distance et il n'en faut pas plus, assimilant le courrier électronique au courrier postal, pour conclure que l'internet est d'un moyen de communication, puisqu'une fois la relation établie entre les cybernautes, ils ne sont pas plus en présence physique l'un de l'autre et ne peuvent que s'échanger des informations, des données, des renseignements. C'est donc en raisonnant par analogie avec le courrier ou le téléphone que l'on peut déduire que le monde numérique, qui semble produire les mêmes effets, est un moyen de communication.

Ce que les adversaires de la théorie du « cyberespace » appellent « moyen de communication » s'inscrit plutôt à notre avis dans le registre du mode, de la forme de l'expression de la pensée ou du discours. Cette expression, qui chez les êtres humains, peut se manifester sous forme d'écrits, de paroles ou de comportements,

---

[868] Voir *Le nouveau Petit Robert*, *s.v.* « communication ».

revêt pour le droit une importance primordiale. En raison du support nouveau sur lequel peut maintenant s'inscrire le discours, il n'y a rien de surprenant à ce que les diverses législations, élaborées dans le cadre du commerce électronique, traitant des « moyens de communication » entre les personnes se livrant à des activités cyberspatiales, visent en fait principalement à actualiser le droit de la preuve qui s'intéresse précisément aux formes de l'expression.

Ainsi, le préambule de la loi type de la CNUDCI rappelle que « les opérations commerciales internationales recourent de plus en plus souvent à l'échange de données informatisées et à d'autres moyens de communication »[869]. Quel est le sujet fondamental de ce texte? La « forme » de l'information, c'est-à-dire de l'expression, comme le prouvent plusieurs articles[870].

Quant à la récente loi québécoise, les notes explicatives qui la précèdent indiquent qu'elle

> a pour objet d'assurer notamment la sécurité juridique des communications effectuées au moyen de documents, l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels qu'en soient les supports, ainsi que l'interchangeabilité de ces derniers. [Elle] vise également à assurer la concertation en vue d'harmoniser les systèmes, les normes et les standards techniques permettant la communication au moyen de documents technologiques[871].

Insistant sur la notion de « support », la loi traite elle aussi de la forme des échanges et surtout de celle de leur contenu, notamment dans une optique

---

[869] *Supra* note 758.

[870] En particulier art. premier, 5 et 6.

[871] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755.

probatoire[872]. De la même façon, lorsque l'article 17 § 2 du Règlement européen autorise la clause d'élection de for, il s'attache à sa forme.

Revenant aux moyens de transport, nous estimons que l'existence d'un espace ne se substitue pas à eux. Au contraire, il les rend nécessaires. Ils sont en effet indispensables en raison des particularités de cet espace que des êtres partagent mais uniquement virtuellement. Sans moyen de transport, personne ne pourrait se rencontrer, établir des relations, conclure des contrats dans le cyberespace. Ni même d'ailleurs, y pénétrer.

Finalement, les « services » sont des moyens de transport, et non des moyens de communication, qui permettent aux usagers de se déplacer d'un lieu de l'espace virtuel à un autre, de leur ordinateur au serveur du fournisseur d'accès d'un correspondant ou à un site Web[873]. Le discours, commercial ou personnel, que colportent avec eux les cybernautes prend actuellement la forme de page Web ou de « courrier », c'est-à-dire sur un support nouveau.

Il convient de souligner que ces deux « outils », ces deux moyens de transports, présentent une différence fondamentale qui est le type de relations, de rencontres, qu'ils permettent d'instaurer. Le message sous forme de page ou de site Web, par définition, est diffusé par la toile sur le réseau ouvert partout en même temps et est accessible simultanément par un nombre indéfini de personnes. En ce sens, on pourrait le qualifier de « lieu public ». En outre, comme justement il est conçu pour « rejoindre » le plus grand nombre, il ne permet pas en soi les relations interindividuelles. Sans discuter ici de la question de savoir si c'est le visiteur du site commercial par exemple qui se rend sur le site ou si c'est le commerçant qui se déplace chez le futur client, la configuration formelle des sites Web ne permet pas le

---

[872] Voir également la Directive européenne sur le commerce électronique (*supra* note 754), en particulier au considérant 34) dont, au demeurant, les dispositions ne parlent ni ne font allusion à quelque « moyen de communication » que ce soit.

[873] Le Web permet de se déplacer grâce à des liens physiques – le réseau matériel – et des liens logiques – les liens hypertextes – d'un lieu à un autre, soit les sites ou les pages Web.

dialogue. En revanche, ils peuvent donner naissance à des relations personnalisées qui s'effectueront ensuite par un autre canal. Ainsi, lorsque un cybernaute visite le site de Dell, il va en premier lieu accéder à la page d'accueil, accessible à tous. S'il désire acheter un produit de la compagnie, il devra remplir un formulaire, prévoyant notamment son adresse électronique. Lorsqu'il aura « cliqué » pour confirmer sa commande, celle-ci parviendra à la société qui, par la suite, communiquera avec son client, non plus par le biais de son site public mais bien évidemment de façon individualisée et personnalisée par l'intermédiaire de la messagerie électronique.

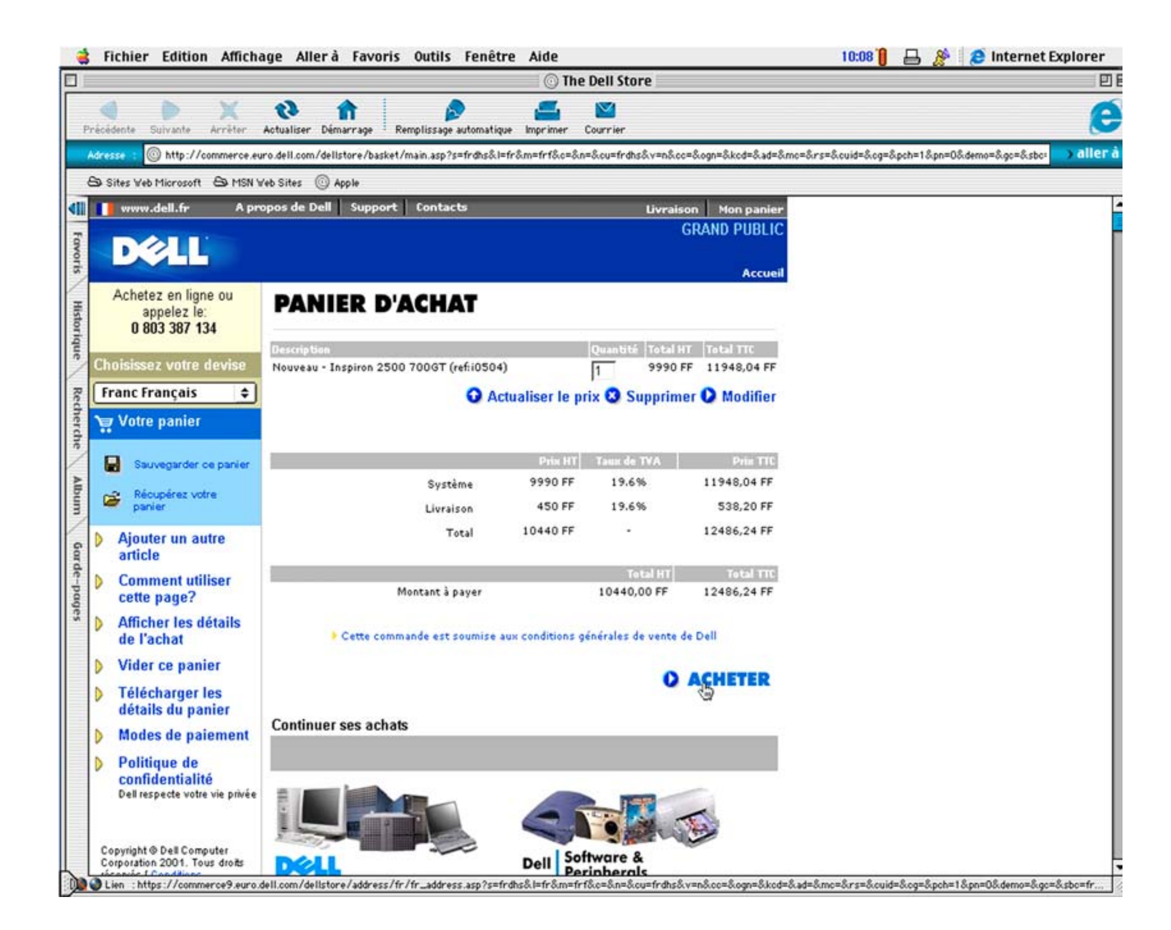


Figure 4: panier d'achat

Dans l'exemple reproduit ci-dessus, une fois que le consommateur a effectué le choix de ses achats, il doit cliquer sur le terme « acheter ». Cette opération

effectuée, s'affiche sur son écran la page suivante où il est clairement indiqué que pour la suite des opérations, c'est-à-dire l'envoi d'un accusé de réception, la communication entre lui et le commerçant s'effectuera par le biais du courrier électronique.

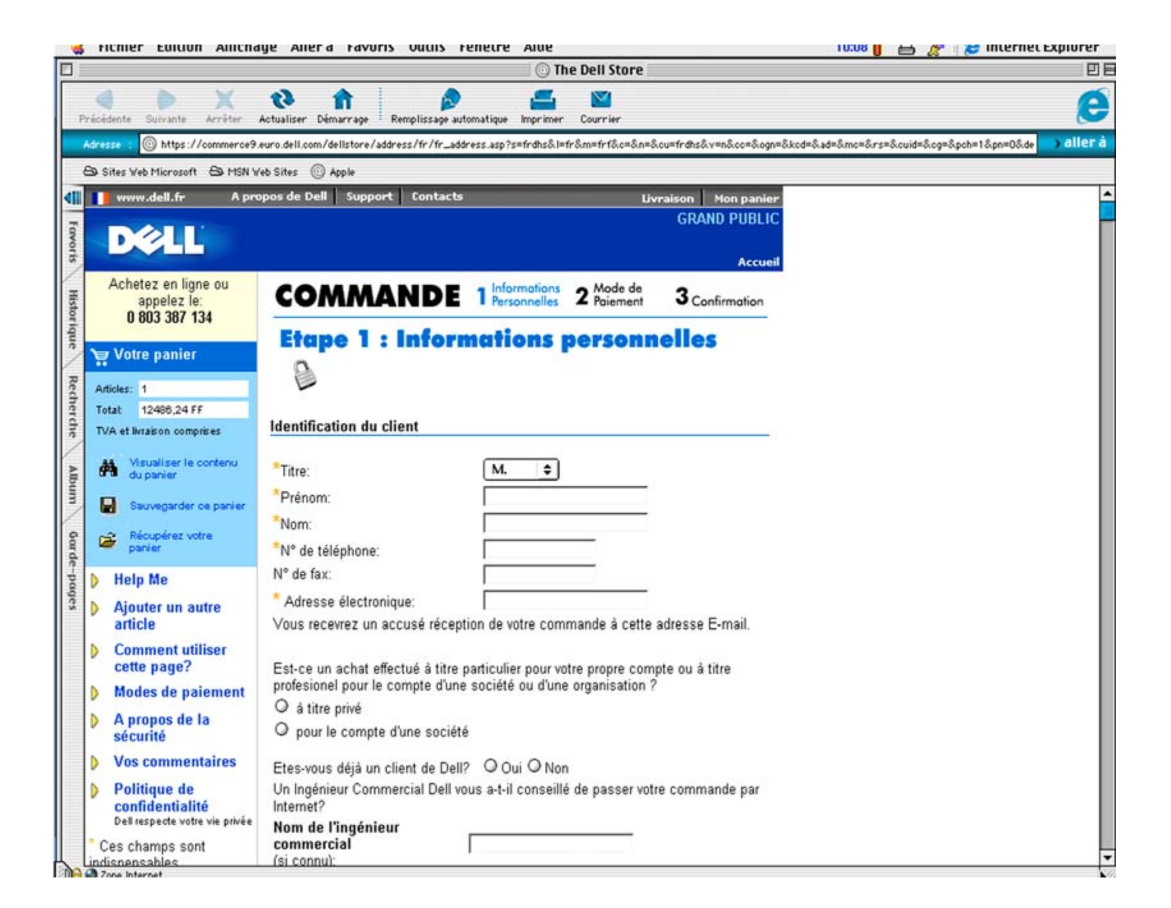


Figure 5: bon de commande

Une autre méthode utilisée pour personnaliser les communications consiste à attribuer au visiteur du site un code confidentiel qui lui permet ensuite d'accéder à des zones « protégées » du site. On retombe ici dans la sphère des correspondances privées.

N'établissant pas une communication de personne à personne, on peut considérer qu'un site Web est plutôt assimilable à un catalogue, distribué à un grand nombre de personnes ou mieux, à un centre commercial ou un magasin accessible à tous. Il constitue un outil pour le commerçant lui permettant d'exposer ses biens ou services, une vitrine en quelque sorte et dans certains cas, un réel lieu d'échanges. Lorsque le cybernaute visite le site de Darty[874], par exemple, qu'il peut choisir un bien entre différents modèles dont on lui indique les caractéristiques, qu'il peut le voir, le commander et le payer, la démarche et ses effets sont exactement les mêmes, malgré certains aspects virtuels, que s'il se rendait « en chair et en os » dans un succursale parisienne de cette chaîne d'électroménagers. Le site Web de Darty est bien comparable à un « établissement de commerce où l'on conserve, expose des marchandises en vue de les vendre »[875].

Le courrier électronique, lui, permet une rencontre de un-à-un, ce qui ne signifie pas qu'il interdise les messages collectifs. Il est comparable à un lieu privé. En raison de l'ubiquité rendue possible par la technique, une même personne peut fréquenter en même temps divers lieux privés. Tout le monde connaît la technique d'envoi d'un même message, personnel ou commercial, à plusieurs interlocuteurs simultanément. Contrairement aux pages Web, il est conçu pour permettre d'une sorte de conversation entre les interlocuteurs.

3. Synthèse

En prenant en considération les multiples facettes de la nouvelle technique et en en comprenant les spécificités et les utilités, il devient plus aisé de faire le point

---

[874] En ligne : <http//:www.darty.com/> (consulté le 26 février 2002). La question de déterminer si le client se rend sur un site ou si c'est le commerçant qui se rend, en quelque sorte, chez le client pose des problèmes particuliers en droit international privé (voir ci-dessous à la p. 400 et s.). Toutefois, pour les fins de l'argument développé ici, cela ne change rien.

[875] *Le nouveau Petit Robert*, 2000, *s.v.* « magasin ».

sur la nature du monde virtuel. Assis devant son ordinateur, les yeux rivés sur l'écran et les doigts frappant le clavier, le cybernaute fait appel à son fournisseur de service qui, par l'intermédiaire des réseaux, le fait pénétrer dans le monde virtuel, distinct du monde réel. C'est par ces réseaux qu'il a accès au cyberespace, après avoir passé une sorte de frontière constituée d'éléments techniques matériels et de données numériques[876]. Les réseaux ont donc une fonction identique à des moyens de transport qui, ici, déplacent l'utilisateur virtuellement, d'abord du monde réel au cyberespace puis dans la sphère même de ce dernier. Comme dans tout espace, l'être humain peut ensuite s'y déplacer, ce qu'il fait par le truchement du Web ou de la messagerie. Dans ces lieux, il communique avec autrui, par exemple par un discours à vocation commerciale ou personnelle[877]. À notre avis, il serait par conséquent aussi inexact de dire que l'Internet est un espace que d'affirmer que le cyberespace est un moyen de communication ou même de transport[878].

L'une des qualifications n'exclut donc pas l'autre, dans la mesure où on les attribue à des objets différents. Nous proposons la formule suivante, qui respecte le sens des termes et la fonction de chaque élément de la nouvelle technique : *l'Internet (ou tout autre réseau numérique) est un moyen de transport pour pénétrer dans et au sein du lieu virtuel qu'est le cyberespace.* Sans faire le lien de façon aussi évidente, un juriste néerlandais propose la même distinction : « Cyberspace is a virtual world […] It is a world to which everyone has access, without preference, without reservations and without privileges. […]. And the Internet, the world-wide network, is the medium »[879].

---

876 « On a trop souvent tendance à penser l'Internet comme un lieu alors qu'il s'agit simplement d'un réseau sur lequel se greffent des applications». (L. Bochurberg, *supra* note 713 à la p. 19.)

877 Il est exact de dire que cet espace ne sert qu'à faire connaître quelque chose à autrui, sens fondamental du verbe communiquer: « L'Internet n'est donc pas un nouveau média, mais plutôt un nouvel espace de communication » (F. Dupuis-Toubol, M.-H. Tonnelier et S. Lemarchand, *supra* note 801 à la p. 135).

878 Ainsi, l'équipe de Pierre Trudel parle erronément de l'Internet comme d'un « espace virtuel au sein duquel les personnes sont susceptibles d'entrer en communication, d'échanger des informations » (*Supra* note 17 à la p. INTR - 3.). Pour le rapprochement entre cyberespace et moyen de communication, voir G. Kaufmann-Kohler, *supra* note 800 aux pp. 90-91.

879 J. De Kreek, « Your Space or Mine? » (2000) 2 *International Law FORUM du droit international*, 170. [Le cyberespace est un monde virtuel […]. C'est un monde auquel chacun a accès, sans préférence, sans réserve et

Conclusion du chapitre I

Comme nous l'avons indiqué au début de ce chapitre, le cyberespace fait indéniablement partie de la vie quotidienne actuelle. La nouveauté engendrée par la technique ne manque pas de remettre en question de nombreux concepts. En particulier dans notre domaine, elle oblige le juriste à repenser, réévaluer ses connaissances issues d'un monde dont les limites étaient relativement cernées jusqu'à présent. La « science » du juriste, même si elle évolue au cours du temps, était en outre fondée depuis plusieurs centaines d'années sur l'écrit et le papier. Or le voilà confronté avec des événements qui se situent en dehors des limites et cadres territoriaux familiers et qui permettent des échanges dont la nature est proprement insaisissable.

On ne peut, à notre avis, saisir les défis que lance cette nouveauté sans chercher à en comprendre les particularités. Essayant de prendre pour guide l'enseignement de Diderot selon qui « l'observation recueille les faits; la réflexion les combine », nous avons en premier lieu présenté le cyberespace, son organisation, son fonctionnement en nous appliquant à clarifier certaines notions et à systématiser les désignations. Cette section principalement descriptive, cette « observation », nous a ensuite menée à une partie plus analytique où nous avons réfléchi à la nature du nouvel environnement. La façon et le milieu dans lequel les hommes contractent sollicitent le droit international privé. Sont-ils en un même lieu, relèvent-ils du même ordre juridique? Il s'en désintéresse. Sont-ils éloignés, chacun ayant sa propre loi? Il intervient.

---

sans privilège […]. Et l'Internet, le réseau mondial, est le véhicule]. Dans le même esprit, un juriste québécois écrit : « L'Internet constitue ni plus ni moins un véhicule qui nous permet de naviguer littéralement dans le cyberespace. » (A. Allard, « Grandeurs et misères du commerce électronique », à la p. 3, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/Colloque_pdf/23Allard.pdf>, consulté le 14 mai 2002).

Dans le cas de contrats conclus « directement entre machines », Lionel Thoumyre refuse que l'ordinateur lui-même puisse être considéré comme un outil de communication, du même type que le téléphone, dans la mesure où « en fixant elle-même certains éléments essentiels du contrat (prix et/ou quantité de marchandise), la machine fait plus que transmettre la simple volonté de l'acteur juridique. Elle comble des zones de négociation au sein desquelles la volonté directe et immédiate de l'utilisateur n'intervient plus. Un simple téléphone ne prend jamais ce genre d'initiatives! » (L. Thoumyre, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », *Lex Electronica*, 9 juin 1999, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> consulté le 4 mai 2000).

Avec le cyberespace, la seule certitude réside dans le fait que les cocontractants ne sont pas en présence physique l'un de l'autre. De cette simple constatation, on peut tirer diverses conclusions. Pour les uns, la nouvelle technique ne constitue qu'un moyen de communication comme un autre, ou peu s'en faut. Pour d'autres, elle crée un monde, un espace en soi. Pour d'autres encore, elle est d'une nature changeante selon l'utilisation qu'en font les contractants. Ceux-ci cherchent à déterminer la nature du cyberespace en fonction de la façon dont les obligations nées entre cybernautes sont exécutées.

Examinant les arguments des uns et des autres et en gardant à l'esprit les observations issues de la première section, pour notre part nous sommes encline à penser que, sauf pour les tenants d'une nature fluctuante dont la thèse nous semble tout à fait contestable, les uns et les autres ont en partie raison, en partie tort, surtout dans la mesure où l'on préfère l'expression « moyen de transport » à celle de « moyen de communication ». Leur divergence provient principalement du fait qu'ils ne parlent pas des mêmes choses, peut-être faute d'analyse et d'observation fines des concepts. La technique a bien engendré la création d'un nouvel espace, le cyberespace, auquel et au sein duquel les hommes accèdent par des moyens de transport, les réseaux, dont l'Internet est un type. Cet espace, tout comme ces moyens de transport, présentent des particularités qui ne manquent pas d'avoir des répercussions sur les relations contractuelles. En particulier, l'absence de divisions « géographiques» ou « étatiques » du cyberespace, le lien très mince entre l'origine des activités et un repère territorial, la virtualité, la dématérialisation des données échangées entre les contractants obligent le juriste non seulement à vérifier l'adéquation des normes qu'il connaît mais avant tout, à se pencher sur les concepts mêmes qui lui sont familiers. Ainsi, la notion de contrat devra peut-être être revisitée.

Chapitre II. Les contrats de vente cyberspatiaux

Si le cyberespace est devenu un « milieu de vie »[880], les activités qui s'y déroulent sont très variées. Les études démontrent que la plupart des cybernautes utilisent la messagerie électronique, que ce soit pour des raisons personnelles ou professionnelles. C'est le service qui vient en tête des utilisations[881].

Bon nombre de cybernautes ont recours au Web, visitent des sites, pour des activités personnelles, recherche de renseignements en tous genres, consultation des cours de la bourse ou horaires d'avions, visites de musées, préparation d'itinéraire routier, jeux, par exemple. Sur le plan professionnel, la possibilité de commercer occupe une place primordiale. Les facilités que présentent les communications par voie numérique et l'augmentation fulgurante de l'utilisation de l'informatique permettent en particulier aux commerçants d'agrandir leur marché en atteignant de nouveaux clients[882].

Après avoir présenté les diverses figures de liens commerciaux possibles dans le cyberespace (section 1), nous nous tournerons vers les problèmes juridiques que les contrats auxquels ils donnent lieu peuvent présenter (section 2).

---

[880] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. INTR - 1.

[881] Une étude indique qu'en juin 1998, il y avait aux U.S.A. et au Canada 79 millions d'Internautes de plus de 16 ans et que dans la même tranche d'âge, il y avait 68 millions d'utilisateurs du Web. (The CommerceNet/Nielsen Internet Demographic Survey, Internet Population, en ligne: <http://www.commerce.net/research/stats/wwwpop.html#IPOP>, consulté le 3 avril 2000). La différence comprend les personnes qui n'utilisent l'Internet que pour la messagerie électronique.

[882] Voir en annexe 1 à la p. 542 l'évolution du nombre de connexions à l'Internet. On remarquera que dès 1997, le branchement est la règle, l'absence de connexion l'exception.

Section 1 – Différents types de relations commerciales

Les auteurs divisent les activités commerciales cyberspatiales en deux grands pans, reproduisant ainsi les classifications du monde traditionnel. Il y aurait d'un côté les opérations commerciales entre commerçants, entre professionnels (B-to-B) et d'un autre côté celles entre commerçants et non professionnels (B-to-C)[883]. Bien que nous remettions en cause cette distinction[884], nous la respecterons pour les fins de la présentation qui suit.

1. Le commerce de consommation (B-to-C)

Nous avons mentionné que les réseaux numériques constituent une manne pour les commerçants puisque le bassin de clients potentiels est immense. Aucun commerçant, quelle que soit la taille de l'entreprise, n'aurait les moyens, qu'ils soient matériels ou financiers, d'atteindre autant de personnes. Du côté du consommateur, le commerce en ligne présente plusieurs avantages. Il reste chez lui et évite la cohue des centres commerciaux, ayant tout facilement à portée de la main, à toute heure du jour ou de la nuit, 365 jours par an. Et il peut acheter à peu près n'importe quel bien ou service, assis confortablement, en se contentant de cliquer[885].

Le commerce de consommation fait grand bruit. Cependant, comme le démontrent toutes les études sur le sujet, ce type de commerce a du mal à prendre son envol et engendre un chiffre d'affaire assez faible[886]. Même s'ils peuvent paraître impressionnants, les chiffres liés à cette activité doivent être relativisés. Lors d'un

---

[883] B-to-B : « *Business to Business* », B-to-C : « *Business to Consumer* ».

[884] Voir ci-dessous, partie 3 à la p. 386 et s.

[885] Une recherche empirique effectuée en 1997 sur une centaine de sites « grand public », pris de façon aléatoire, nous avait permis de constater que l'on pouvait acheter la plupart des biens courants (alimentation, livres, disques, vêtements, médicaments, etc.) mais également des objets plus insolites, comme des sous-marins et des locomotives.

[886] Voir en annexe 1 à la p. 543 le graphique comparant le B-to-B et le B-to-C.

séminaire sur le commerce électronique organisé par l'Organisation mondiale du commerce en 1999, un des participants a fait remarquer : « Current total world trade in these products [i.e. that could be digitized] was US$ 44 millions, which amounted to only 1 per cent of world trade »[887]. En 2001, le pourcentage est resté identique.

Plusieurs raisons expliquent cette morosité. Les unes sont attribuables aux consommateurs, les autres dépendent des commerçants.

1.1 La réticence des consommateurs

Du côté des consommateurs, le principal frein est, semble-t-il, lié à la peur qu'a le grand public de communiquer son numéro de carte de crédit par des voies qui lui semblent, à juste titre, impénétrables et incompréhensibles[888]. Pourtant, la question de la sécurité constitue plus un mythe qu'une réalité, une transaction financière effectuée sur un site en protocole standard ne présentant aucun risque[889].

---

[887] WTO, Seminar on Electronic Commerce and Development, 19 février 1999, § 130, en ligne : <http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/wtcomtd18.doc> (consulté le 1[er] juin 2002). [Le montant actuel du commerce mondial de ces produits [c'est-à-dire ceux qui peuvent être digitalisés], s'élevait à 44 millions de dollars américains, ce qui ne représente que 1% du montant du commerce mondial].

[888] Le conseil de Marie Curie vient à point nommé ici : « Dans la vie, rien n'est à craindre, tout est à comprendre ».

Sur la crainte de payer en ligne, voir l'enquête faite parmi les cybernautes québécois qui montre que cette crainte se place parmi les premières raisons de ne pas effectuer d'achats sur le Web (« Le cyberconsommateur en chiffres », *Réseau CEFRIO*, en ligne : <http://www.cefrio.qc.ca/pdf/reseaucefriovol1no1.pdf>, consulté le 5 juin 2002). Voir également une enquête menée par l'Institut de la Statistique du Québec en 2000 qui révèle que 42% des ménages québécois se disent « très préoccupés » par rapport à la sécurité des transactions sur Internet contre 49,7% pour les autres canadiens. (Institut de la statistique, « L'utilisation d'Internet par les ménages québécois en 2000 », en ligne : <http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/savoir/pdf/analyse2000.pdf > consulté le 5 juin 2002 à la p. 47).

[889] Le cryptage standard actuel est SSL (*Secure Socket Layer*). On ne rapporte aucun vol de numéros de cartes de crédit pendant leur transmission dans ces conditions.

Pierre Breese écrit : « La peur de la fraude informatique est l'ennemi numéro un du commerce électronique » de consommation (P. Breese, *supra* note 749 à la p. 186.). Il est d'ailleurs curieux de constater l'effroi que provoque chez plusieurs le paiement par voie cyberspatiale alors qu'ils semblent oublier les risques d'indiscrétion lorsqu'ils utilisent leur carte de crédit dans un magasin ou un restaurant. Ce sont souvent les mêmes qui transmettent également, sans crainte, leur numéro de carte par fax ou par téléphone, opération infiniment plus risquée que dans le cyberespace. (À titre de comparaison sur les risques liés au paiement par carte de crédit dans le monde réel et dans le cyberespace, voir M. Yolin et J.-C. Merlin, *supra* note 697). Une étude réalisée par le gouvernement du Québec montre le comportement pour le moins étrange de ce point de vue des personnes qui achètent des produits ou services sur le Web. Craignant de transmettre leur numéro de carte de crédit en ligne, une fois la commande effectuée, 45% d'entre elles payent ensuite « par téléphone ». (Institut de la statistique, *supra* note 888 à la p. 43).

À cela, s'ajoute une raison pratique, évidente, en ce qui concerne les biens tangibles. Est-il réellement plus rapide – et moins coûteux – pour un lecteur français ou même canadien d'acheter un ouvrage, payé en dollars américains, chez amazon.com que de le commander à son libraire habituel? Dans les pays où cela se fait couramment, comme en Amérique du Nord, on voit mal quel intérêt le consommateur aurait à commander une pizza par l'Internet plutôt que par téléphone! Le commerce par voie numérique est mieux adapté aux secteurs où l'on vend des « biens non tangibles » que des objets palpables[890].

Pourtant, faisant le bilan de l'année 1997, deux auteurs constataient que, curieusement,

> la grande majorité des transactions ont porté sur des achats « traditionnels » exigeant une livraison physique par courrier ou messagerie, correspondant en fait à des achats par correspondance. […] Enfin et surtout, il s'agissait d'achats « locaux » ou au mieux nationaux – sauf pour quelques exceptions en Europe (à cause du Marché commun) et en Asie du Sud-Est (marchés voisins déjà fortement intégrés). En d'autres termes, les principaux aspects innovateurs du cybercommerce ne sont pas entrés en jeu, ou à peine :
>
> - très peu de livraison directement par Internet de produits « électroniques » ou virtuels;
>
> - pratiquement pas d'utilisation de micropaiements, ni de cybermonnaie;
>
> - enfin, aucune mondialisation du phénomène dans le double sens que très peu de transactions ont franchi les frontières…et que les outils et les méthodes utilisés n'avaient rien d'universel mais demeuraient propres à leur région d'origine, sans compatibilité entre eux dans la plupart des cas[891].

---

[890] Voir en annexe 1 à la p. 544 le graphique indiquant les domaines d'achats.

[891] V. Lapierre et Y. Leclerc, *État du cybercommerce 1998-1996*, Sainte-Foy, Fortune 1000, 1998 à la p. 6. [Nous soulignons]

En 2002, la situation n'a pas beaucoup changé[892].

Pierre Trudel ajoute que l'incertitude juridique constitue également un frein au commerce de consommation : « À défaut de fournir une protection adéquate aux consommateurs dans leurs rapports avec les commerçants du cyberespace, on voit difficilement de quelle façon le commerce électronique pourrait atteindre un niveau de rentabilité justifiant les sommes investies dans son développement »[893].

1.2 L'attitude des commerçants

Les consommateurs ne sont pas les seuls responsables de la médiocrité du commerce en ligne. Les commerçants le sont également en partie. En premier lieu, le site Web lui-même doit présenter certaines caractéristiques pour que le consommateur ait envie de le consulter et d'y faire des achats[894]. Par exemple, une page d'accueil trop chargée décourage souvent le client potentiel. De même, le consommateur abandonnera rapidement la fréquentation d'un site où, à l'instar d'une galerie marchande ou d'un supermarché, on le fait « passer » par des zones qui ne l'intéressent pas[895]. Un site très sophistiqué ou offrant des effets visuels tels que seuls des ordinateurs très puissants peuvent les traiter facilement risque d'éloigner à jamais bon nombre de cybernautes[896]. En bref, le site doit être efficace, ce qui n'est pas toujours le cas.

---

[892] Par exemple, les ventes sont légèrement moins locales mais elles dominent encore. Ainsi, en 2000, « environ les deux tiers des dépenses en ligne des ménages du Québec, de l'Alberta et des provinces de l'Atlantique ont été effectuées auprès d'entreprises canadiennes […]. Cette proportion s'avère sensiblement moindre en Ontario, au Manitoba et en Saskatchewan ainsi qu'en Colombie-Britannique, soit environ 55 %. » (Institut de la statistique, *supra* note 888 à la p. 42).

[893] *Supra* note 696 à la p. 18-18.

[894] Voir par exemple le rapport Yolin qui traite des tous les aspects que doivent revêtir un site commercial destiné aux consommateurs. (M. Yolin et J.-C. Merlin, *supra* note 697).

[895] Un client doit trouver ce qu'il cherche en moins de trois « clics ».

[896] Ainsi, le rapport Yolin rapporte le cas d'un site offrant des produits haut de gamme, site très élaboré sur le plan graphique, où il fallait plus d'une heure pour pouvoir commander une paire de chaussures. (voir M. Yolin et J.-C. Merlin, *supra* note 697).

Lorsque les biens proposés par le commerçant sont tangibles, il n'est pas suffisant de créer un site alléchant et efficace, encore faut-il que la logistique suive. Or il arrive fréquemment que ce ne soit pas le cas : le suivi des commandes est mal assuré, le stock n'est pas géré de façon à répondre à des demandes en nombre, etc. « [P]our être en mesure de répondre sans délai aux commandes c'est toute la chaîne qu'il faut maîtriser: approvisionnement, sous-traitance, gestion des flux de production, gestion des stocks, conditionnement, expédition, reprise des produits défectueux, SAV »[897]. La plupart du temps, la logistique des commerçants « traditionnels » n'est pas adaptée à la nouvelle façon de commercer. Même si cela semble évident, il ne faut pas négliger le délai de livraison des biens.

Les consommateurs n'ayant dans le cyberespace que l'embarras du choix, il suffit d'une faille chez leur interlocuteur commerçant, pour qu'ils lui tournent le dos.

Au milieu de l'année 2000, un quotidien québécois titrait : « L'avenir des détaillants en ligne paraît très sombre »[898]. Se fondant sur une étude de la société de consultants Forrester Research, la journaliste expliquait que le marché était saturé et qu'il « exist[ait] trop de sites web offrant des produits et un contenu semblables »[899]. L'échec du commerce B-to-C est tel qu'un analyste prédisait en 2000 que sur les 30 000 cybermarchands, « il y en aura[it] probablement 25 000 qui [allaient] disparaître »[900].

Force est donc de constater que le commerce en-ligne n'est pas actuellement un mode d'opération idéal. Au début du troisième millénaire, compte tenu de l'état du marché et des habitudes des consommateurs, sont les plus viables les commerces

---

[897] *Ibid*.

[898] R. Beck, « L'avenir des détaillants en ligne paraît très sombre » *Le Soleil* (13 avril 2000) B 5.

[899] *Ibid*.

[900] M. Doll, consultant chez Ernst & Young, cité par R. Beck, *ibid*.

Un an plus tard, en juillet 2001, l'une des très grandes entreprises américaines de vente d'épicerie en ligne Webvan déclarait faillite. Dans le même domaine, on annonce la fermeture en avril 2002 du site des groupes

que nous qualifierons de mixtes, c'est-à-dire ceux qui allient site virtuel et magasin ayant pignon sur rue[901]. On note quelques exceptions, comme Amazon.com ou eBay.com[902]. Semblent présenter un avenir assez prometteur les cybercommerces qui occupent une « niche » particulière, comme la livraison de fleurs ou les agences de voyages en ligne[903].

2. Le commerce interentreprises (B-to-B)

On entend moins parler couramment du commerce électronique entre entreprises. Effectivement, dans la littérature, « l'axe principal [du développement du commerce électronique], c'est-à-dire celui des échanges entre entreprises, n'est que très peu développé, commenté ou expliqué »[904]. Pourtant, cette discrétion n'est certainement pas due à une mauvaise santé de ce secteur d'activité. Au Canada, en 1997, sur le montant total généré par le commerce électronique, « 80% relevaient du commerce entre entreprises »[905]. En 1999, le commerce entre entreprises s'est

---

Casion et Rallye, C-mescourses.fr. Ne sont donc pas menacées seulement les petites entreprises ou celles qui sont moins connues.

[901] Par exemple Gap, Walmart, Sears, Darty, la Fnac. Il s'agit de ce que les Anglo-saxons appellent des commerces « *click and mortar* ».

[902] Amazon.com est une libraire virtuelle (en ligne : <http://www.amazon.com/exec/obidos/subst/home/redirect.html/104-9307209-1167960>, consulté le 13 juin 2002)., eBay.com un centre commercial en ligne (en ligne : <http://www.eBay.com>, consulté le 13 juin 2002).

[903] Voir flower.com (en ligne : <http://www.flower.com>, consulté le 13 juin 2002) et travelocity (en ligne : <http://www.travelocity.com>, consulté le 13 juin 2002).

[904] C. Élisabeth, « Préface » dans M. Langlois et S. Gasch, *supra* note 704.

[905] WTO, *supra* note 887 au § 64.

En chiffres, la comparaison entre le commerce électronique de consommation et celui entre entreprises aux U.S.A. s'exprime ainsi : « Annual B-to-B ecommerce is projected to soar from $43 billion in 1998 to $1 *trillion* by 2003, according to Forrester Research, while the consumer market swells from 7.8 billion to $108 billion in the same period ». (M. Sawhney et S. Kaplan, « Let's Get Vertical », en ligne : <http://www.business2.com/articles/1999/09/content/models.html> consulté le 1er avril 2000). [Les italiques sont dans le texte original]. [De 1998 à 2003, le commerce annuel entre entreprises devrait passer de 43 milliards à un billion de dollars, selon Forrester Research, alors que le commerce de consommation augmentera de 7,8 à 108 milliards de dollars pendant la même période].

En Europe, l'écart semble moins important, le commerce B-to-B représentant à peu près 60% du commerce électronique total. (Voir « Interview d' Alex Serge Vieux », en ligne : <http://www.journalinformatique.com/itws/it_vieux.shtml>, consulté le 6 avril 2000).

chiffré, au niveau mondial, à 145 milliards de dollars américains[906]. On prévoit que « le commerce électronique entre les entreprises représentera 272 milliards $ au Québec en 2005, soit 18% de l'ensemble du commerce entre les entreprises au Canada »[907].

2.1 La technique numérique répond aux besoins des commerçants

Un rappel sommaire des caractéristiques du commerce en général et du commerce international permet de constater qu'il n'est pas surprenant que les commerçants se soient accoutumés rapidement aux opérations dématérialisées[908].

Que les opérations commerciales aient lieu au niveau interne ou à une échelle internationale, c'est presque un pléonasme de dire que le seul objectif du monde des affaires est de réaliser des profits. Or, « [p]our y parvenir, toutes les opportunités doivent être saisies rapidement; aucun moyen ne peut être négligé [...]. Ce qui compte en définitive est le bénéfice net, tous impôts déduits et à tous les stades des opérations »[909]. La rapidité est donc « l'essence même du commerce »[910] et intervient à différentes étapes de la relation. Il est de plus en plus fréquent que « grâce aux moyens modernes de communication, de nombreuses opérations

---

906 Voir la revue *Commerce*, mars 2000 à la p. 58. L'Institut de Recherches Forrester prédit que le commerce B-to-B atteindra 1 trillion de dollars en 2003. (En ligne : <http://www.business2.com/articles/1999/09/content/models.html> consulté le 1er avril 2000).

Voir le tableau reproduit à l'annexe 1 à la p. 545.

907 M. Tison, « Il y a toujours un avenir dans le commerce électronique » *Le Soleil* (20 mars 2001) B3.

908 D'ailleurs nous avons déjà signalé que les commerçants utilisent la technique numérique depuis relativement longtemps : on n'a qu'à penser au réseau SWIFT par lequel les banques effectuent des paiements électroniques depuis les années soixante.

909 J. Hilaire, *supra* note 1 à la p. 116.

910 M. de Juglart et B. Ippolito, *Droit commercial*, 3e éd. par E. de Pontavice et J. Dupichot, Paris, Montchrestien, 1979 à la p. 21. Ces auteurs rappellent que le proverbe *« time is money »* a été forgé par le peuple commerçant par excellence, le peuple anglais.

Le fait de chercher à ne pas perdre de temps n'est pas un phénomène propre au monde commercial moderne. L'historien Jacques Le Goff écrit qu'au Moyen Âge, « [l]es manuels de confesseurs citent parmi les personnes qui peuvent être dispensées [...] de l'observation du repos dominical les marchands [car] leurs affaires ne [peuvent] souffrir de délai […] ». (J. Le Goff, *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, 8ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1993 à la p. 76).

[soient] conclues très rapidement et sans support papier »[911]. Au delà de la formation de l'entente entre les parties, la célérité est aussi nécessaire, par exemple, pour la livraison des biens ou dans le règlement des conflits. On comprend facilement qu'un litige né à l'occasion de la vente de denrées périssables ne puisse attendre qu'un tiers se prononce sur son issue des mois, voire des années après les événements qui ont donné lieu au désaccord entre les parties. De même, la décision statuant sur le différend doit être exécutée prestement pour des raisons identiques.

La recherche des moindres coûts est également une préoccupation constante du monde commercial. De plus, les opérations commerciales nécessitent souvent l'obtention, elle aussi rapide et facile, de crédit. En effet, les mécanismes mêmes du commerce font que le commerçant « n'a pas toujours touché le produit de ses ventes au moment où il veut renouveler ses stocks »[912]. Corollaire de cette accessibilité au crédit, les garanties données au créancier doivent être grandes.

Même si cela paraît évident, il n'est pas inutile d'insister, comme l'écrit Jean-Marc Mousseron, sur le fait que

> [l]'originalité de l'opération de commerce internationale tient, en grande partie, à la rencontre et au franchissement du *poteau-frontière*. Ce passage révèle, en effet, des problèmes supplémentaires à ceux que la relation proprement interne perçoit et qui tiennent aux différences d'espaces, de souverainetés et d'intérêts rencontrés[913].

Pour les acteurs du commerce international en particulier, ce qui importe principalement, c'est le but commun recherché plus que « la cristallisation définitive

---

[911] Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, *supra* note 116 à la p. 8.

[912] M. de Juglart et B. Ippolito, *supra* note 910 à la p. 22.

[913] J.-M. Mousseron *et al.*, *supra* note 226 à la p. 16. [Les italiques sont dans le texte original]

des droits et obligations nés de l'accord des volontés »[914]. Par conséquent, « [l]'exécution de l'obligation contractuelle prend le pas sur [sa] formation »[915].

Le besoin fondamental des opérateurs du commerce international est la sécurité. Sécurité contractuelle bien sûr, dans la mesure où les parties veulent être sûres que les opérations seront menées à bien et sécurité ou certitude juridique, pour reprendre les termes de Tudor Popescu, « *conditio sine qua non* du développement du commerce international »[916]. Si la première repose principalement sur les acteurs, elle est accrue par l'assurance d'un encadrement normatif qui régira la relation en cas de problème. D'ailleurs, c'est la sécurité, plus que la justice qui est « l'objectif essentiel du droit international privé »[917]. En effet, le droit international privé « doit fournir non la réglementation la plus juste ou la mieux adaptée, mais celle dont l'application en l'espèce est la plus conforme aux prévisions des parties »[918].

Ces caractéristiques ont des répercussions sur le plan juridique, ce qui a fait dire à Gérard Lyon-Caen que « les nécessités du commerce ont imposé une série de dérogations aux règles du droit civil et qu'en fin de compte le droit commercial n'est rien d'autre que la liste des exceptions apportées aux règles civiles dans l'intérêt du commerce »[919].

Dans les faits, on constate que, plus que les simples individus, les commerçant ont depuis longtemps l'habitude de négocier avec des partenaires distants et étrangers. En outre, les principales qualités de la technique numérique

---

[914] É. Loquin, *supra* note 349 à la p. 98.

[915] *Ibid*. à la p. 97.

[916] T. R. Popescu, « Le droit du commerce international : une nouvelle tache pour les législateurs nationaux ou une nouvelle “ lex mercatoria ”? » dans Unidroit, *New directions in international trade law*, New York, Dobbs Ferry, 1977, 21.

[917] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 à la p. 13.

[918] *Ibid*.

[919] G. Lyon-Caen, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial » (1949) Rev. trim. drt comm. 577.

répondent exactement à certains de leurs besoins vitaux en particulier la rapidité et la recherche des moindres coûts. Une fonctionnaire du ministère de l'Industrie du Canada a fait remarquer, lors de la rencontre de l'Organisation mondiale du commerce sur le commerce électronique en 1999, que « the cost of sending a 42-page document from Ottawa to Tokyo over the Internet was 260 times less than if it was sent by traditional post. It was also 720 times faster to transmit the document electronically »[920]. La gestion même de l'entreprise s'en ressent puisque « [l]a production de biens et services appuyée sur Internet peut en effet engendrer des coûts de fournitures moins élevés, des besoins de stockage réduits, des cycles de design et de production moins longs et une nette réduction des coûts frictionnels »[921].

Signalons, finalement, que si le commerce B-to-B est plus discret que le B-to-C, l'étude en est également un peu plus difficile. Il en va du cyberespace comme du monde réel où les relations entre commerçants, leurs outils de travail, leurs contrats ne sont pas publics et sont donc difficilement accessibles. Par exemple, si l'on cherche à analyser certaines habitudes des sites commerciaux grand public, si l'on veut étudier la teneur des contrats que les commerçants proposent aux consommateurs dans le cyberespace, il n'y a qu'à s'installer derrière son ordinateur et « surfer » de site en site. En revanche, « contrairement au commerce électronique B to C, les intranets et les extranets ne sont pas visibles »[922], puisque, par définition, ils constituent des réseaux fermés, protégés par des coupes-feu.

À titre indicatif, mentionnons les questions de preuve, le délai de prescription, la présomption de solidarité, la faveur de l'arbitrage.

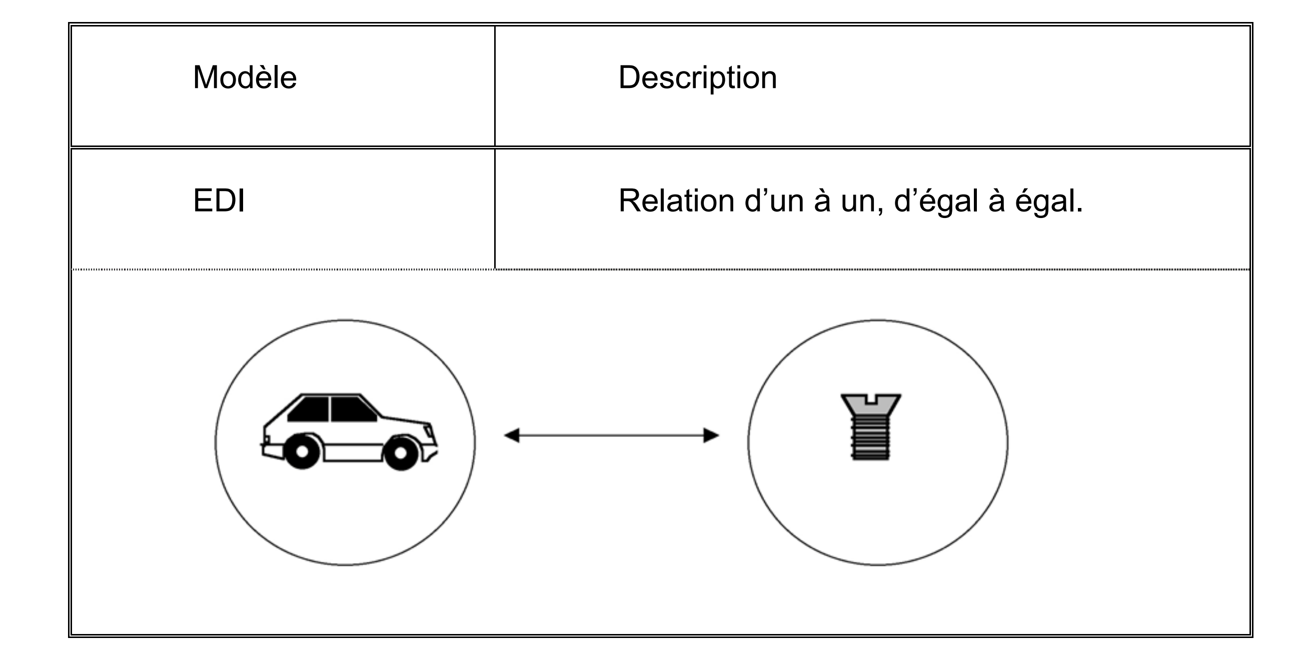
[920] *Supra* note 887 au § 62. [L'expédition d'un document de 42 pages d'Ottawa à Tokyo par l'Internet coûte 260 fois moins cher que par la poste traditionnelle. En outre, la transmission électronique est 720 fois plus rapide].

[921] Grand Duché du Luxembourg, *Projet de loi relatif au commerce électronique*, Partie A. Exposé des motifs, 1999, en ligne : <http://rechten.kub.nl/simone/Lux_bill.htm> (consulté le 8 mars 2002).

[922] Interview du 25 août 1999 de Pierre Faure, président de l'Association Française des Utilisateurs d'Unix et des systèmes ouverts (AFUU), en ligne : <http://www.journalinformatique.com/itws/it_faure.shtml> (consulté le 6 avril 2000).

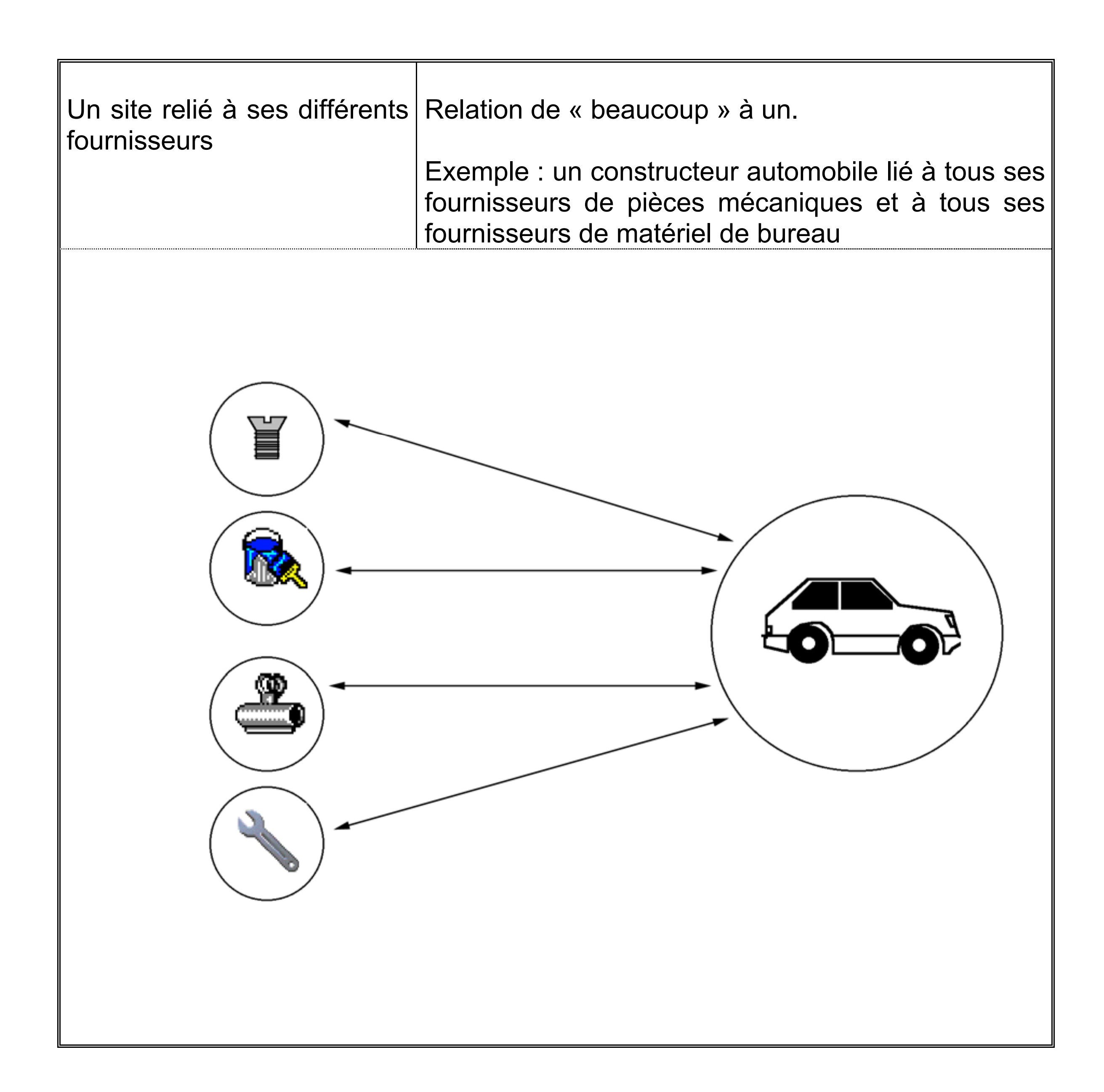
2.2 Les divers modèles de commercialisation interentreprises

À l'aube du troisième millénaire, les relations entre commerçants et l'utilisation qu'ils font des nouvelles techniques évoluent beaucoup et rapidement. Même si quelques uns d'entre eux correspondent aux modèles classiques, il convient ici d'esquisser à grands traits les divers modèles de commercialisation interentreprises, modèles transitant tous par le cyberespace.



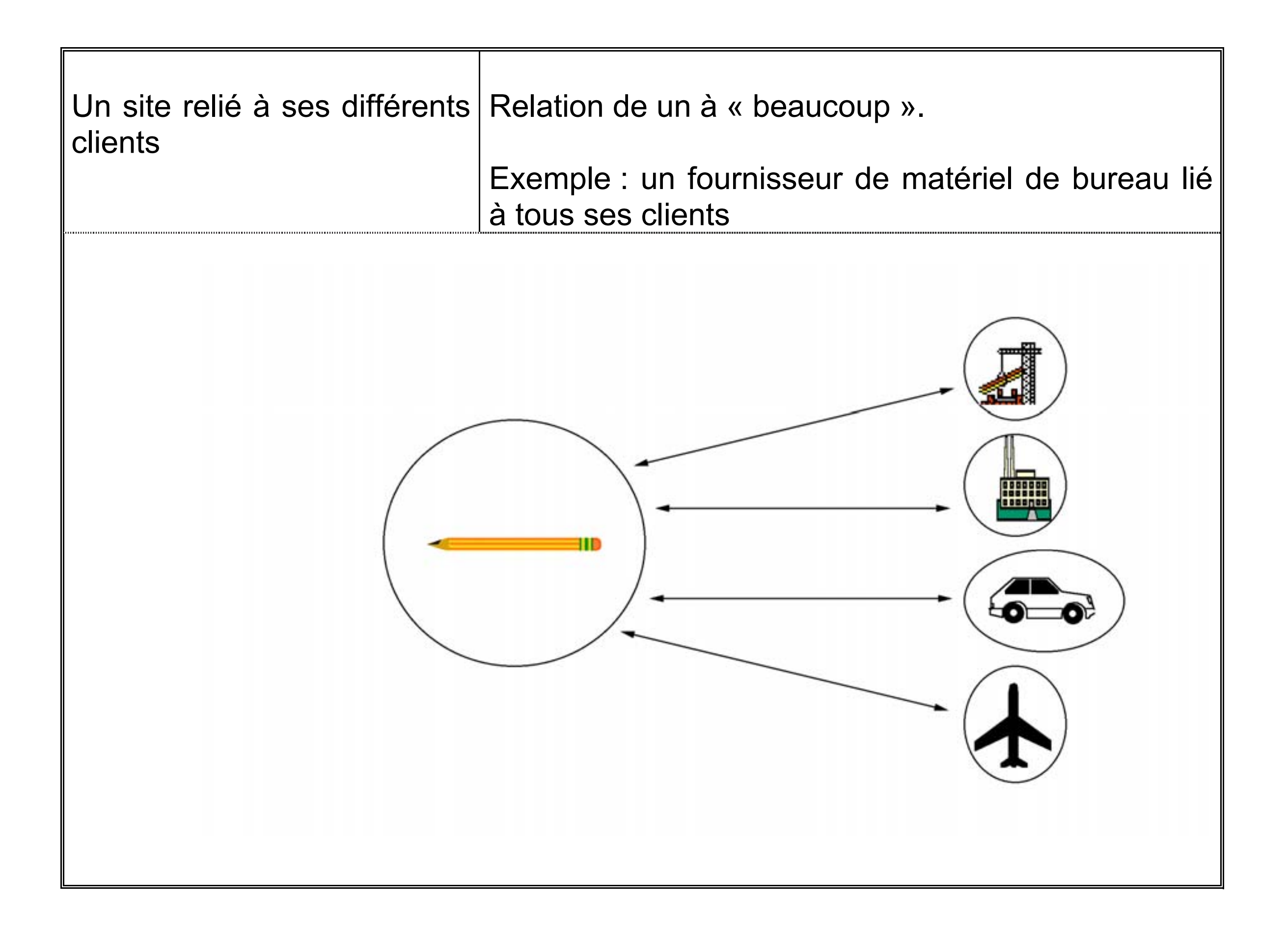
Modèle	Description
EDI	Relation d'un à un, d'égal à égal.

Figure 6: EDI



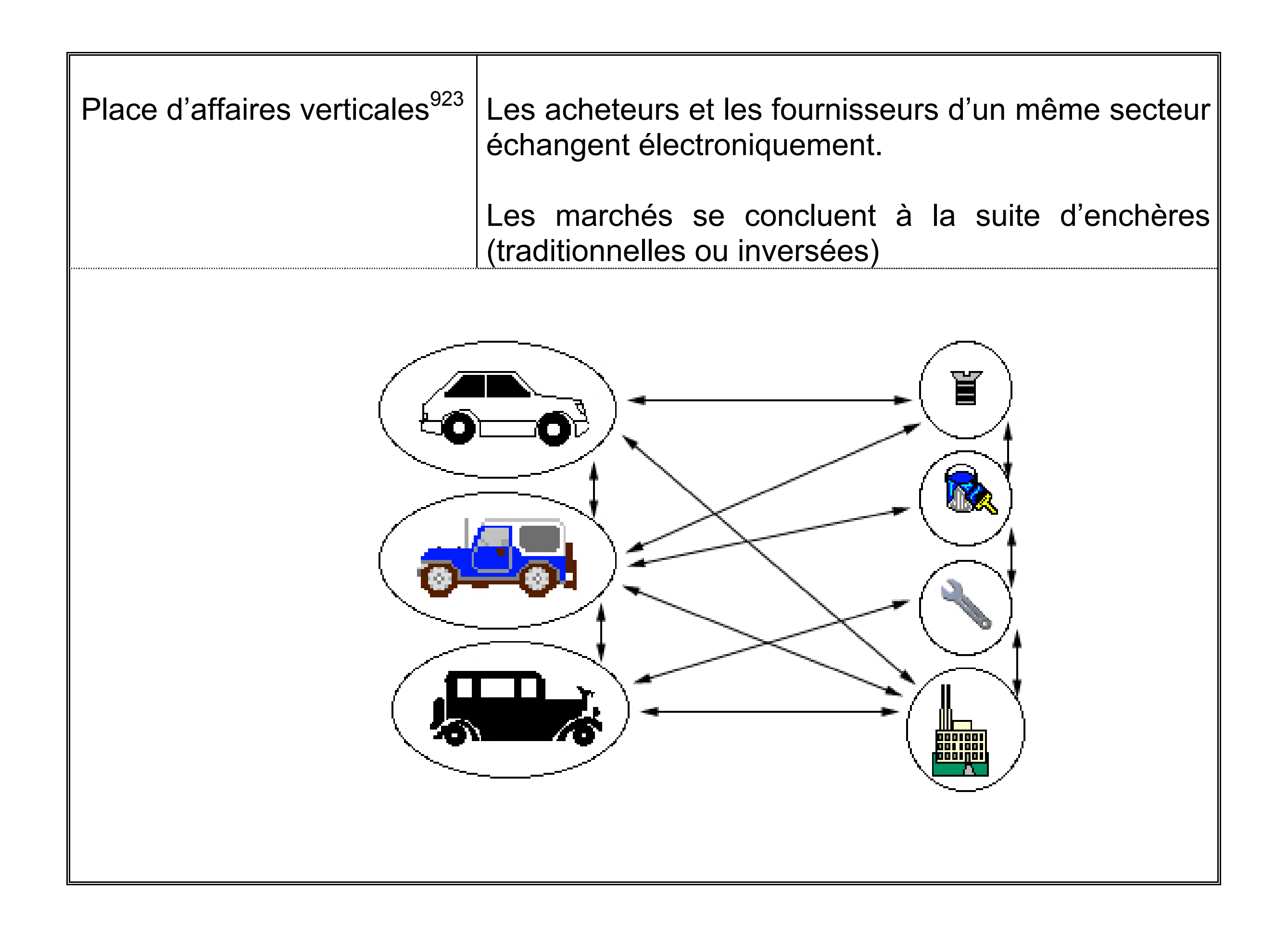
Un site relié à ses différents fournisseurs	Relation de « beaucoup » à un. Exemple : un constructeur automobile lié à tous ses fournisseurs de pièces mécaniques et à tous ses fournisseurs de matériel de bureau

Figure 7: un client / plusieurs fournisseurs



Un site relié à ses différents clients	Relation de un à « beaucoup ». Exemple : un fournisseur de matériel de bureau lié à tous ses clients

Figure 8: un fournisseur / plusieurs clients

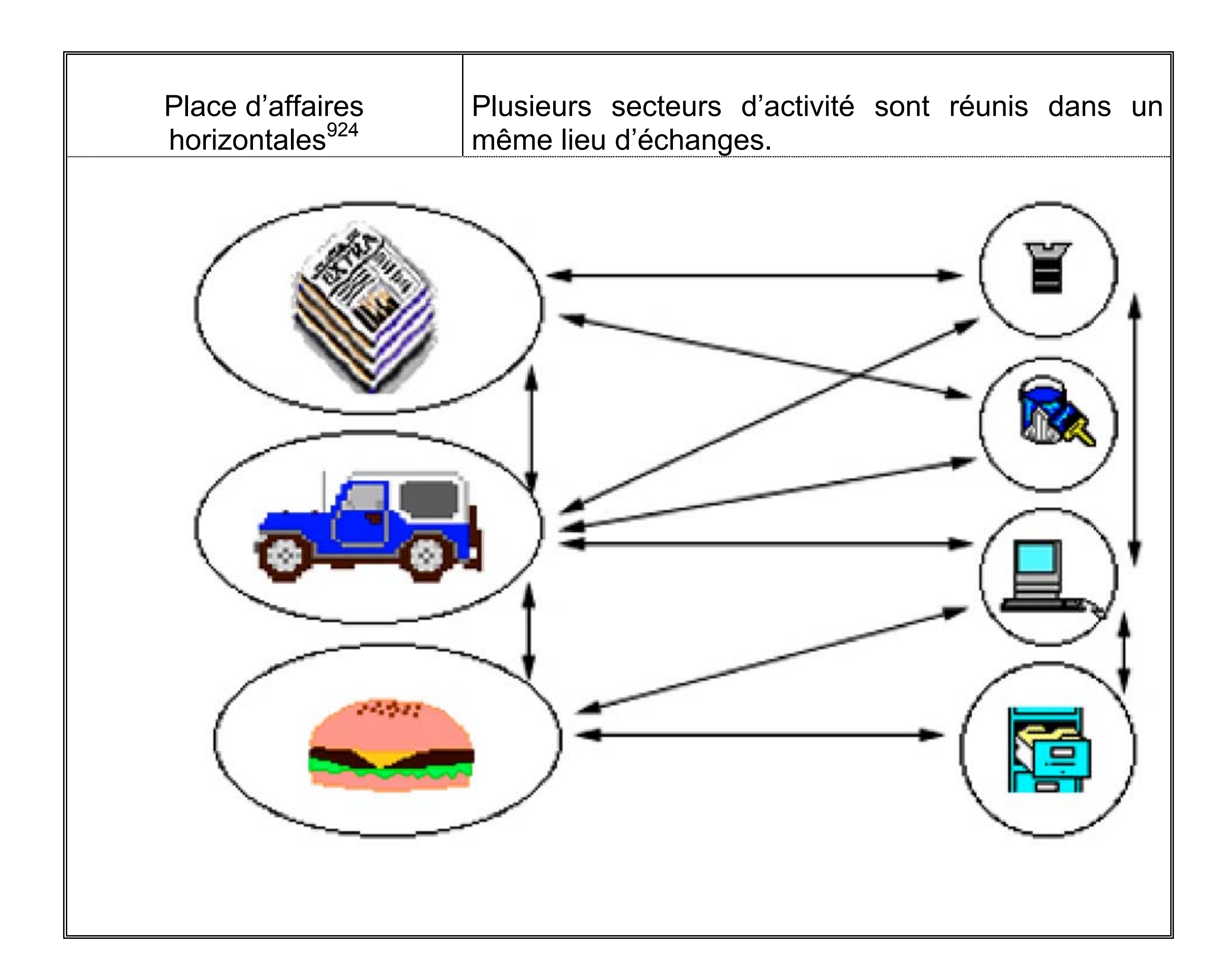


Place d'affaires verticales[923]	Les acheteurs et les fournisseurs d'un même secteur échangent électroniquement. Les marchés se concluent à la suite d'enchères (traditionnelles ou inversées)

Figure 9: place d'affaires verticales

[923] Également appelée « emarket place », « place de marché électronique » ou « portail vertical ». Il en existe actuellement dans diverses industries : métallique (Metalsite.com), produits chimiques (Chemdex.com), plastique (PlasticsNet.com), acier (e-STEEL.com), télécommunications (WorldWideShelf.com), bois (Woodcenter.net), etc. On peut citer aussi CPGmarket.com, « une entreprise sectorielle offrant des services d'approvisionnement et de logistique sur le Web aux producteurs et fournisseurs de BGC [biens de grande consommation].» (Voir en ligne : <http://marketplace.mysap.com/cpgmarket/html/french/cpg.html> consulté le 11 octobre 2000).

Le regroupement des intervenants d'un même secteur leur offre « un ensemble de services allant du partage d'information (répertoires industriels, affichage d'offre d'emploi) aux transactions d'affaires en ligne » (en ligne : <http://www.institut.qc.ca/articles/leader_sept2000.html> consulté le 8 octobre 2000). L'un des avantages de ces communautés d'affaires virtuelles réside dans les économies de coûts : « Par exemple, le traitement d'un bon de commande peut chuter de 130$ à 40$ dans certains cas grâce à l'utilisation de solutions électroniques» (*ibid*.). L'adhésion, ou le recrutement, à un portail vertical se fait généralement par l'entremise d'intermédiaires.



Place d'affaires horizontales[924]	Plusieurs secteurs d'activité sont réunis dans un même lieu d'échanges.

Figure 10: place d'affaires horizontales

[924] Également appelée « place d'affaires fonctionnelle » ou « tradinghub ». Exemples : ManufacturingCentral.net, dédié aux entreprises manufacturières; ICRIQ.com, place d'affaire québécoise.

Dans le cyberespace, on constate de plus en plus une modification des relations interentreprises et surtout des mécanismes que les commerçants mettent en place afin de parvenir à leur but qui, lui, ne change évidemment pas, les échanges commerciaux[925]. L'un des points culminants de cette métamorphose est actuellement la notion d'entreprise virtuelle, dont le concept remonte maintenant à une dizaine d'années[926]. Il remet en question la place et le rôle de chacun des intervenants au cours du cycle de vie d'un produit, de la création à sa commercialisation et sa livraison. L'une des définitions récentes en est :

> Une entreprise virtuelle est une forme d'organisation en réseau, dans laquelle un ensemble d'entreprises, ou plus généralement d'entités économiques indépendantes mais partenaires, collaborent pour la réalisation d'un projet spécifique en exploitant les nouvelles possibilités des technologies de l'information et des télécommunications. Ces entreprises constituent un réseau, à la fois organisationnel et structurel, dans le but de pouvoir mieux saisir les opportunités du marché ou de pouvoir, ensemble, en créer de nouvelles[927].

La souplesse est le maître-mot de l'entreprise virtuelle: « La structure elle-même s'adapte aux demandes du marché et est susceptible de donner naissance à diverses formes d'organisation; cette caractéristique est en elle-même représentative de la souplesse inhérente à la notion d'entreprise virtuelle »[928].

---

[925] Il faut souligner qu'à l'heure actuelle, les nouvelles structures s'adressent et rapportent surtout aux grandes entreprises. Les PME n'y trouvent pas beaucoup leur compte : « Les ressources requises pour transiger entre entreprises sur le Web, mais surtout la personnalisation de la relation d'affaires (le propre des PME), se trouve désincarnée par le recours aux Technologies de l'information et des communications (TIC). Un long apprentissage est requis par les entrepreneurs de PME pour se lancer dans les méandres de la net économie » (M. Audet et S. Lépinay, « 2B or not 2B parce que désormais les affaires électroniques seront vos affaires », *Fine Pointe.com*, Cahier spécial MIM, Vol. 5, No 3, septembre 2000 à la p. 18.)

[926] La paternité de l'expression revient à William H. Davidow et Michael S. Malone, auteurs de l'ouvrage *The Virtual Corporation*, en 1992.

[927] A. Roux, « Séminaire – Les organisations virtuelles » (10 juillet 1998), en ligne : <http://www.ebusiness.ch/Public/Fil/100.html> (consulté le 8 octobre 2000).

[928] Industrie Canada, « L'entreprise virtuelle : Une réalité? », en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/bs00105f.html> (consulté le 9 mars 2002).

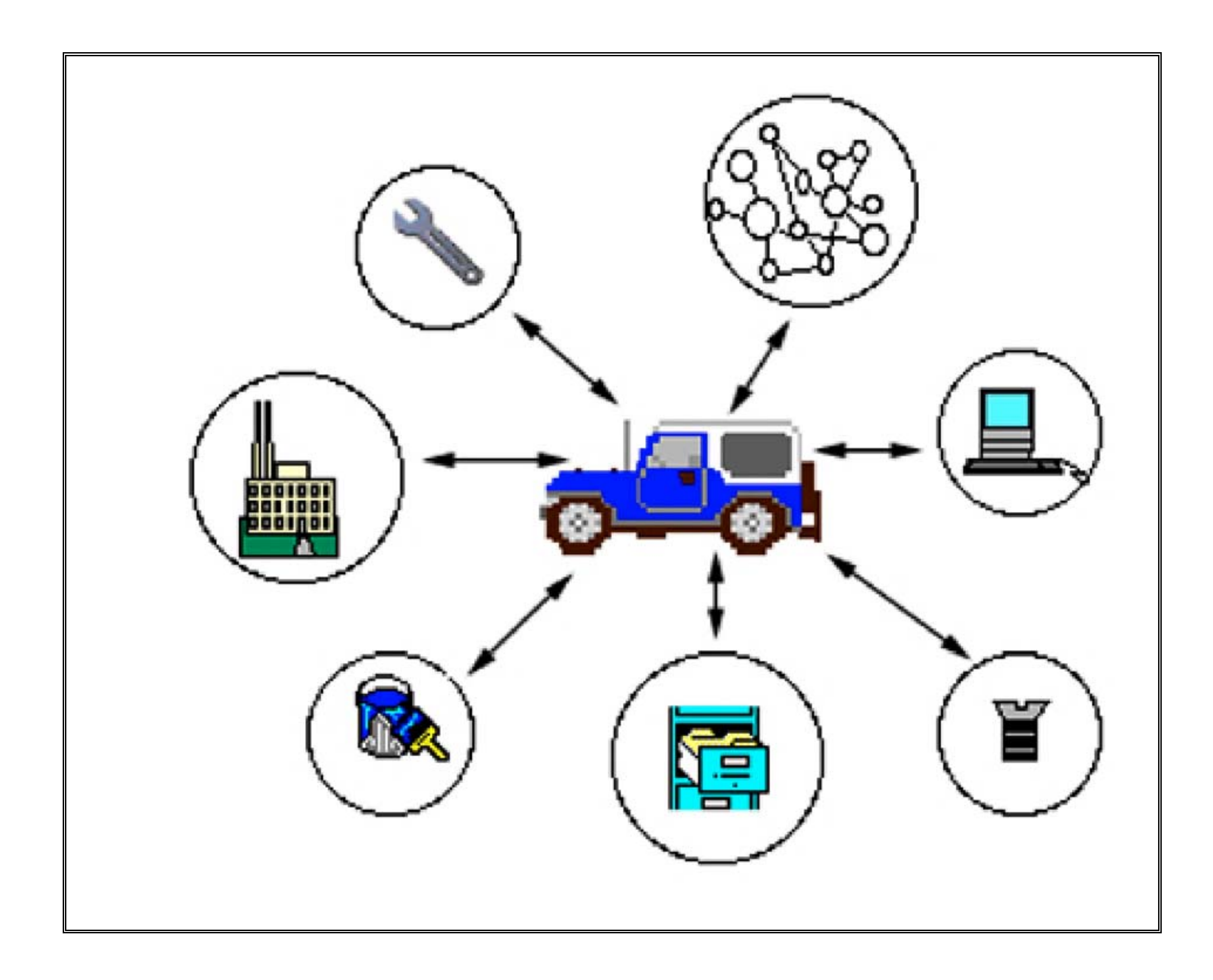


Figure 11: entreprise virtuelle

À première vue, l'entreprise virtuelle peut rappeler des modèles connus dans le monde traditionnel où il n'est pas rare de voir s'unir plusieurs entreprises dans un but commun. Pourtant, les différences sont importantes :

> Dans les années 1980 et au début des années 1990, les alliances étaient souvent constituées d'une entreprise dominante et de plusieurs entreprises subordonnées. D'ordinaire, le fournisseur

> n'était pas au courant de la stratégie, intervenait rarement dans la conception globale du produit […]. Son rôle se limitait à fournir des composantes, des pièces ou des services prédéfinis[929].

Dans l'entreprise virtuelle, toutes les entités sont sur un pied d'égalité et participent activement, tant dans les faits qu'au niveau des décisions, à l'élaboration ou à l'amélioration du produit.

Les entreprises qui collaborent ainsi « sont lié[e]s par contrat "parfois pour un seul projet ou un seul produit, puis […] se dissocient pour faire partie de la chaîne de valeur d'une nouvelle entreprise" »[930]. L'une des originalités de cette structure est en effet que « [u]ne entreprise virtuelle est dissoute quand le besoin qui l'a fait naître disparaît : c'est le cycle de vie. Toutefois, les nœuds existent toujours en tant qu'entités individuelles »[931], les nœuds étant « représentés par un domaine d'expertise apporté par une entreprise ou une personne »[932].

Les nouvelles techniques sont au cœur de ces entreprises, à la fois « pour échanger de l'information et des spécifications techniques, et exécuter des transactions entre divers organismes, entreprises et individus »[933]. Pour certains, cette transformation des relations commerciales est inéluctable et « l'attribution de contrats et la réalisation des activités de production de biens et de prestations de services exigeront la compréhension et la maîtrise de nouvelles plates-formes technologiques »[934].

---

929 *Ibid*.

930 *Ibid*.

931 A. Roux, *supra* note 927.

932 *Ibid*.

933 En ligne : <http://www.epoly.polymtl.ca/internet/fdescript.html> (consulté le 8 octobre 2000).

934 *Ibid.*

3. Synthèse

La technique numérique favorise à n'en pas douter l'activité commerciale. Les commerçants n'auraient pas osé espérer, il y a peu, une visibilité si universelle. De plus, la rapidité et la facilité des opérations commerciales procurées par les réseaux accroît l'efficacité de ces opérations.

Reprenant les catégories utilisées jusqu'ici, on distingue deux grands types de relations, celles unissant les professionnels entre eux et celles les liants aux simples individus. Le commerce cyberspatial de consommation n'est pas florissant. Nous avons vu que cela est dû en grande partie à la résistance des consommateurs qui, en particulier, sont craintifs en ce qui a trait au paiement « en ligne ». Pourtant, tous les spécialistes sont unanimes, il ne s'agit là que d'un mythe. Fondée ou non, la peur existe cependant et freine les activités. On doit aussi rendre les commerçants partiellement responsables de la morosité de l'activité en ce domaine. Encouragés par l'aubaine que représente une visibilité mondiale et le contact avec des millions de consommateurs potentiels, ils ne prennent pas toujours les moyens pour répondre à leurs attentes.

En revanche, le cyberespace et la technique numérique améliorent réellement les relations entre professionnels car ils leur offrent tout ce dont ils ont besoin pour mener à bien leurs affaires. D'ailleurs, on sait que bien avant que l'Internet n'envahisse les foyers, les professionnels se livraient déjà à des opérations dématérialisées.

Entre eux, les commerçants, les professionnels savent utiliser la nouvelle technique avec profit et on voit apparaître de nouveaux modèles de commercialisation interentreprises. La souplesse de la technique déteint sur l'organisation des entreprises dont « [l]a structure elle-même s'adapte aux demandes du marché et est susceptible de donner naissance à diverses formes

d'organisation »[935]. En particulier, l' « entreprise virtuelle » remet en cause « la chaîne approvisionnement-production-livraison »[936] classique. S'écartant des figures traditionnelles « modelées sur la structure militaire hiérarchique »[937], les professionnels recherchent davantage maintenant des structures qui leur permettent de s'adapter rapidement aux changements. Actuellement, ce ne sont plus tant les entreprises qui imposent des produits, ce sont leurs clients qui dictent leurs besoins. Pour y répondre, elles ne peuvent plus être subordonnées les unes aux autres mais doivent constituer « un réseau d'entités commerciales, […] une mosaïque de collaborateurs »[938], unis par des engagements mutuels.

<u>Section 2 – Principaux problèmes juridiques posés par le contrat cyberspatial</u>

Le contrat cyberspatial correspond-il à l'institution juridique que nous connaissons traditionnellement? On peut poser la question autrement en se demandant si l'institution contractuelle traditionnelle est assez souple pour s'accommoder et donner une pleine valeur aux procédés utilisés maintenant pour s'engager dans un lien de droit.

1. Définition du contrat cyberspatial

Comme souvent, il faut au préalable s'entendre sur les mots, les expressions. Lionel Bochurberg a une vision assez large de la notion de contrat cyberspatial puisque pour lui, il s'agit d'un contrat « par lequel la formation et/ou l'exécution emprunte un moyen de transmission ou de communication »[939] numérique. En

---

[935] *Ibid.*

[936] *Ibid.*

[937] *Ibid.*

[938] *Ibid.*

[939] L. Bochurberg, *supra* note 713 à la p. 112.

d'autres termes, serait qualifié ainsi le contrat conclu sous forme écrite sur support papier et par lequel l'une des parties achète à l'autre des œuvres littéraires numérisées. Le vendeur expédiera l'objet de la commande à partir de son ordinateur et l'acheteur le recevra également sur son ordinateur. Ce cas de figure, de notre point de vue, ne fait pas partie des contrats cyberspatiaux. Nous avons indiqué précédemment que le moyen par lequel doit être exécutée l'obligation n'est d'aucune utilité pour qualifier le contrat. L'exemple décrit plutôt un contrat traditionnel pour lequel l'exécution s'effectuera sous forme numérisée.

En ce qui concerne la réflexion sur la nature même du contrat ainsi que sur les questions de droit international privé que soulèvent les contrats qui nous intéressent, seuls comptent ceux conclus dans le cyberespace. Les autres, quelle que soit la façon dont sont exécutées les obligations, relèvent de la théorie traditionnelle, sans poser de problèmes particuliers autres que ceux touchant spécifiquement à l'exécution des obligations.

À notre avis, la prise en considération du mode d'exécution de l'obligation sert plutôt à décrire non pas le contrat lui-même mais plutôt, si nécessaire, le type de commerce. Effectivement, on pourra parler de commerce électronique lorsque l'une des étapes de la relation contractuelle s'effectuera en ligne, qu'il s'agisse de la conclusion de l'entente ou de l'exécution de l'obligation ou de l'une des obligations. Ainsi, Jérôme Huet distingue, à juste titre, au sein même du commerce électronique, deux modalités d'exercice :

> Le professionnel peut proposer une prestation susceptible d'être consommée directement par le biais du réseau : tel est le cas des services d'informations, et notamment des banques de données, des services de messagerie, de la fourniture de logiciels, des services ludiques…; il peut également proposer l'achat ou la commande de produits ou services qui seront livrés ou exécutés par un autre moyen : vente de marchandises, réservation dans un moyen de locomotion…Et, dans cette seconde hypothèse, le commerçant peut aussi bien proposer ses propres produits que jouer le rôle d'un fédérateur, en regroupant des fournisseurs de

produits ou services dans un espace électronique, une galerie marchande[940].

À la première définition présentée, nous préférons celle proposée par Vincent Gautrais. Pour lui, un contrat électronique est « *la situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent chacun un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat* »[941]. Catherine Kessedjian en donne une variante qui a l'avantage de cibler encore plus la naissance même de l'entente en excluant expressément d'autres étapes : « Nous appelons "contrats électroniques" les contrats "signés" sous forme électronique, en ligne ou en temps différé, quelle que soit la forme prise par la négociation elle-même ou l'exécution de ce contrat »[942]. Tout en adoptant cette définition, nous privilégions l'expression « contrat cyberspatial », plutôt que numérique ou électronique, afin de mettre en relief non pas le type de technique utilisée mais le fait que les relations d'affaire se nouent dans l'espace virtuel[943].

---

[940] J. Huet, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 P.A. 6, en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/pa> (consulté le 26 juin 2002) au § 4.

[941] V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 6, note 20. [Les italiques sont dans le texte original].

[942] C. Kessedjian, « Internet et le Règlement des différends » dans F.W. Grosheide et K. Boele-Woelki, dir., *Molengrafica 1999-2000*, Koninklijde Vermande 2000, 69 à la p. 82 note 49.

Philippe Le Tourneau, lui, s'insurge contre l'appellation « contrats informatiques » car « ils ne sont pas spécifiques par nature ». Il propose de parler plutôt de « contrats relatifs à l'informatique » puisqu'il s'agit de « contrats ordinaires, soumis au régime des figures juridiques qu'ils utilisent (vente, louage, entreprise, prêt, etc.) ». (Ph. Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 2000 à la p. 2). C'est parce que nous partageons en grande partie ce point de vue que nous privilégions dans le cadre de cette étude, autant que faire se peut, l'expression « contrat de vente cyberspatiale ». Elle fait référence à la nature juridique de l'opération tout en mettant l'accent sur le contexte particulier dans lequel cette opération s'inscrit.

[943] En outre, nous estimons que la référence à l'électronique laisse la porte ouverte à des modes de communication classiques comme le téléphone, la télécopie, etc, qui se situent tout à fait en dehors du cyberespace. Or, ce qui pose des questions nouvelles, c'est le cyberespace en tant que lieu d'échanges et de communication.

2. La formation du contrat

Rappelons le mécanisme de formation du contrat tel qu'il est énoncé par le *Code civil du Québec*: « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle »[944].

Reprenant cette très classique division entre fond et forme, nous entendons vérifier quels en sont les éléments qui présentent des problèmes particuliers dans le cyberespace.

2.1 Le fond

Parmi les quatre conditions de fond nécessaires à la validité d'un contrat, l'objet et la cause ne présentent pas d'intérêt particulier dans le cadre de cette étude dans la mesure où le cyberespace ne modifie en rien le fait que le contrat doive avoir un objet précis ni que les contractants aient « une raison valable de vouloir l'engagement »[945]. Seuls la capacité et le consentement semblent soulever des difficultés.

2.1.1 La capacité

Comme le fait remarquer le rapport Yolin, « [i]l est relativement facile d'usurper l'identité d'une personnes ou d'un site »[946]. Capacité et identité sont évidemment liées. Toutefois, nous ne pensons pas que la capacité présente des difficultés particulières dans les relations cyberspatiales. Du moins, nous ne sommes

---

[944] Art. 1385. Le code québécois est, sur ce sujet, nettement plus explicite que le texte français. Même si le code français, en son article 1134, prévoit que « [l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il ne précise pas, au contraire du texte québécois, comment une convention est légalement formée.

[945] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p. 177.

[946] M. Yolin et J.-C. Merlin, *supra* note 697.

pas sûre que la question se pose réellement en termes si différents de la pratique du commerce traditionnel.

Un auteur québécois écrit :

> Dans les rapports contractuels traditionnels, l'identité des parties est établie par un ensemble de facteurs. La connaissance physique que les parties ont l'une de l'autre, composée du sexe, de la physionomie et des caractéristiques de la voix de la personne ainsi que de sa renommée sont les éléments sur lesquels nous nous fions pour identifier le cocontractant éventuel. Une fois satisfaits de son identité, nous négocions le contrat et exigeons, comme étape ultime de confirmation, que le cocontractant appose sa signature au contrat[947].

Si cette description n'est certes pas fausse, elle ne constitue toutefois pas une règle générale. Comme le fait remarquer Pierre Breese, « [p]our un acte de la vie courante, il n'est pas d'usage de vérifier la capacité de ses interlocuteurs »[948]. De même, il est extrêmement fréquent que les opérateurs du commerce international ne se connaissent pas, ne se soient jamais vus. S'interrogent-ils systématiquement sur la capacité de leur partenaire ? Il ne semble pas. Il est vrai que pour des opérations d'importance, leurs conseillers juridiques tiennent à s'assurer de la capacité du contractant. Cela se fait de façon simple: les parties communiquent aux juristes concernés les statuts de la compagnie et éventuellement la résolution du conseil d'administration autorisant la transaction. À l'instar du monde traditionnel, le cyberespace a trouvé des solutions satisfaisantes pour résoudre le problème de l'identité du correspondant.

La question de l'identification se pose peu en matière d'EDI puisque les parties concluent une entente-cadre, un contrat d'interchange, dont l'un des buts est

---

[947] D. G. Masse, « Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute » (1997) 42 R.D. McGill 403 à la p. 414. Cette vision de la relation contractuelle est idyllique et est bien le reflet de la dichotomie proposée fréquemment : ce qui se passe dans le monde réel est connu, sûr, et donne lieu à toutes les garanties possibles; ce qui se passe dans le cyberespace est mystérieux, incertain et dangereux.

[948] P. Breese, *supra* note 749 à la p. 207.

précisément « de fournir le moyen technologique normalisé de distinguer les messages électroniques qui parviennent du cocontractant »[949].

Dans le cadre d'un réseau ouvert, les parties n'ont pas un tel contact préalable. L'une des façons de décliner son identité, en quelque sorte, réside dans la signature. Qu'il suffise ici de mentionner que la « signature numérique fait appel à une technique de chiffrement, désignée sous le nom de "cryptographie par clés publiques", laquelle modifie un message numérique d'une façon toute particulière pour permettre d'en identifier le signataire »[950]. Loin de nous la prétention de décrire en détail le procédé technique – cela nous écarte de notre propos et en outre, d'autres sont nettement mieux placés pour le faire –. On pourrait résumer la technique d'identification en la comparant à un code secret dont seules les parties connaissent la méthode de décodage. David Masse fait remarquer, à juste titre :

> Somme toute, la signature numérique répond largement, nonobstant ses quelques failles, aux besoins d'identification et d'authentification existant présentement dans le cadre des communications sur réseaux ouverts. Manifestement, la signature numérique présente une certitude de résultat dans l'identification des intervenants ainsi qu'une sécurité face au maintien de la confidentialité des communications qui dépassent très largement ce qu'offrent les méthodes de communication traditionnelles[951].

Rappelons également que, comme nous l'avons présenté dans le développement sur la description technique, chaque ordinateur a une adresse IP et est donc « retraçable ». Bien sûr, cela ne garantit pas l'identité de la personne qui l'utilise mais de plus en plus, les machines sont équipées de systèmes de mots de passe ou autres qui empêchent les indiscrets ou les usurpateurs d'y avoir accès.

---

[949] D. G. Masse, *supra* note 947 à la p. 414.

[950] *Ibid.* à la p. 415.

[951] *Ibid.* à la p. 419.

En outre, on peut obliger les contractants à se communiquer certains renseignements. Dans le but de « garantir […] la confiance du consommateur »[952], l’article 5 de la directive européenne sur le commerce électronique impose :

> 1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes:
>
> a) le nom du prestataire de services;
>
> b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi;
>
> c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui;
>
> d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre;
> […]

Évidemment, si l’offrant n’est pas un « prestataire de services », toutes ces obligations tombent.

Pour terminer sur la question de la capacité, mentionnons que les règles du Code civil québécois permettent au mineur de « contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels »[953] ; toutefois, il peut toujours invoquer la lésion pour faire annuler le contrat même s’il a fait une fausse déclaration sur son âge[954]. Pour ce

---

[952] *Directive sur le commerce électronique*, *supra* note 754 considérant 7.

[953] Art. 157 C.c.Q.

[954] Art. 1405 et art. 165 C.c.Q.

qui est des personnes morales, il leur est plus difficile de ce point de vue de faire invalider un contrat en raison de l'article 328 C.c.Q qui prévoit : « Les actes des administrateurs ou des autres dirigeants ne peuvent être annulés pour le seul motif que ces derniers étaient inhabiles ou que leur désignation était irrégulière ».

Dans les rapports internationaux, la question de la capacité se complique du fait que, pour les personnes physiques, l'âge de la majorité n'est pas identique dans tous les États. Par conséquent, « un contractant local peut légitimement ignorer que son cocontractant étranger ne jouit pas d'une capacité pleine et entière »[955]. Reprenant le principe de l'ignorance excusable du cocontractant, établi par la jurisprudence française *Lizardi*[956], l'article 3086 C.c.Q. dispose : « La partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'État de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité »[957]. Deux auteurs estiment que « l'ignorance sera excusable pour les actes conclus rapidement ou qui sont de la vie courante des parties et pour lesquels des enquêtes sur la capacité constitueraient [une] véritable gêne pour le commerce »[958]. Transposée dans le cadre des relations cyberspatiales, cette affirmation porte à croire que la règle y serait généralement appliquée. À une condition, cependant, et sur laquelle nous reviendrons, que le contrat ait été conclu au lieu du domicile du cocontractant.

La Convention de Rome pose le même principe mais délimite son application de façon très expresse. Selon l'article 11,

---

La régle est identique selon le droit français : « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution. » (art. 1307 C.c.f.).

[955] H. P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 688.

[956] Cass. req., 16 janvier 1861, *Lizardi*, D.P. 1861.1.193, S. 1861.1. 305 (note Massé).

[957] Le droit québécois étend la règle aux personnes morales par l'article 3087 C.c.Q. : « La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui agissent pour elle si ces restrictions n'existaient pas selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître ces restrictions en raison de sa fonction ou de sa relation avec la partie qui les invoque. ».

> [d]ans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.

Si les deux contractants ne sont pas dans le même pays, soit lorsque le contrat est conclu à distance, « la convention [de Rome] ne veut pas écarter la protection de l'incapable »[959]. En d'autres termes, quand les parties ne sont pas en présence, quelles que soient les précautions prises par le cocontractant, le mineur pourra toujours lui opposer son incapacité. Si la vente cyberspatiale est qualifiée de contrat entre non présents[960], on devine sans mal l'insécurité qu'une telle règle peut provoquer auprès des commerçants.

Qu'il soit soumis à la Convention de Rome ou non, aucun commerçant ne veut risquer de voir ses contrats annulés. Le magasin de matériel électronique Future Shop fait preuve de prudence à cet égard dans son site Web « canadien ». Une des clauses de sa « politique de l'InterBoutique pour le Canada » et intitulée « Achats effectués par des mineurs » prévoit : « Nous avons pour politique de ne pas vendre d'articles aux mineurs. Si vous n'avez pas atteint l'âge de la majorité et que vous souhaitez faire des achats à partir de notre InterBoutique, il faut qu'un parent ou un tuteur dûment nommé fasse cet achat pour vous »[961].

---

[958] J. A. Talpis et J.-G. Castel, *supra* note 36 à la p. 843.

[959] M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

[960] Voir la discussion sur ce point ci-dessous à la p. 325 et s.

[961] En ligne : <http://www.futureshop.ca/help/default.asp?s_page=online_policies&logon=&langid=FR&dept=0&WLBS=fs%2Dweb6&biasid=AD5AAF405E7040F3BDE59670EFDB7F2E>, consulté le 13 mai 2002)

2.1.2 Le consentement

Dans le monde traditionnel, le consentement peut s'exprimer de trois façons différentes : par l'écriture, par la parole et, dans certains cas, par le comportement[962].

À l'instar de Vincent Gautrais, certains s'interrogent sur la façon dont est transmis le consentement de l'acceptant dans le cyberespace : « Le " cliquage " sur un bouton d'acception présenté sur une page Web commerciale suffit-il à exprimer réellement l'intention de l'internaute d'accepter les termes essentiels du contrat qui lui sont proposés? »[963]. Ce mode d'acceptation ne pose pas véritablement de problème puisque généralement, le droit admet à cet effet un geste non équivoque ou un comportement actif[964]. Ainsi le *Code civil du Québec* n'impose aucune forme particulière en matière d'acceptation : « L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne »[965].

---

[962] Nous ne comptons pas dans cette étude faire une place particulière aux opérations automatisées qui se caractérisent « par l'offre permanente d'un site commercial dont les caractéristiques essentielles du contrat qu'elle propose sont automatiquement définies et présentées au public grâce à un logiciel qui peut tenir compte de plusieurs données : un indice des prix, une synthèse de questionnaires proposés en ligne […].» (L. Thoumyre, *supra* note 879). Dans la même catégorie de systèmes automatisés, on connaît l'EDI où ce sont des ordinateurs, spécialement programmés qui concluent des contrats commerciaux. Pour ce dernier, diverses théories ont été échafaudées comme l'attribution de la personnalité juridique aux machines. Ces théories sont vouées à l'échec en raison de la notion de patrimoine intimement lié au concept de personnalité. Au demeurant, et au risque de nous répéter mais il faut prendre garde de l'oublier, qu'il s'agisse de sites web ou d'EDI, derrière la machine se cache toujours une personne physique.

[963] *Ibid*.

[964] Ce que constitue indéniablement le fait d'appuyer sur le bouton de la souris.

[965] Art. 1386 C.c.Q. Cet article fait ressortir le lien entre consentement et volonté, exprimé ainsi par Charles Demolombe : « Le consentement est le concours de deux ou plusieurs volontés dans un même but juridique ». (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Durand, 1865-84 à la p. 47). D'autres auteurs, comme Jean Carbonnier, sont allés plus loin en assimilant volonté et consentement. Ce dernier est « à la fois *la volonté de chaque contractant* et *l'accord de leurs volontés* » (J. Carbonnier, *Droit civil - Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992 à la p. 83. [Les italiques sont dans le texte original]). Cependant, Pierre-Basile Mignault, dont nous nous sentons plus proche, établit nettement une distinction entre les deux notions en faisant remarquer que la volonté relève de l'individu *uti singuli* alors que le consentement ne peut être qu'un acte bilatéral. (Voir P.-B. Mignault, *Droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théoret, 1901 à la p. 191.)

Vincent Gautrais remet en question le rôle de la volonté dans les contrats cyberspatiaux. Il qualifie la théorie de la volonté dans les contrats d'« obsolète » (*supra* note 18 aux pp. 11-17). Reprenant la distinction proposée par Pierre-Basile Mignault, on constate que c'est surtout la notion de consentement qu'il conseille de réviser. Il cite à cet effet Jérôme Huet selon qui on ne doit plus considérer le contrat « comme un accord de deux volontés, qui s'expriment et convergent, mais comme le résultat d'une réponse positive donnée par un individu ou une

On retrouve le même principe à l'article 18 §1 de la CVIM : « Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation ». Les textes élaborés récemment en matière de commerce international reprennent le principe. Ainsi, les Principes UNIDROIT et les Principes européens du droit des contrats admettent un comportement « actif », c'est-à-dire que la partie qui s'engage doit agir d'une certaine façon. En revanche, une attitude « passive » ne constitue pas un engagement. En d'autres termes, le principe de l'acceptation tacite ne signifie pas que « qui ne dit mot consent »[966]. Les deux corps de Principes sont particulièrement clairs à ce sujet relativement à la formation du contrat[967].

Il semble donc que face au « clic » une réponse affirmative s'impose : « Sur le plan du droit, il n'y a là aucun obstacle en droit français à ce que l'acceptation s'exécute par le fait de "cliquer" au moyen d'une "souris", et par voie de conséquence que le contrat se forme »[968]. Il n'y en a aucun non plus en droit québécois.

Selon nous, dans ce domaine, la seule crainte justifiée dans la formation d'un contrat cyberspatial, relève de la mécanique : le clic sur la souris est-il vraiment un geste délibéré ou est-il dû à une fausse manœuvre? Il peut en effet arriver que l'on

---

entreprise, voire une machine mise en place par lui ou elle, à une proposition standardisée, dont les modalités s'imposent en dehors d'une acceptation véritable ». (J. Huet, *supra* note 940 à la p. 18.)

[966] Cela s'explique du fait que « le silence ou l'inaction sont empreints d'une équivocité qui les dépouille de toute fermeté ». (C. Delforge, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives » dans M. Fontaine, dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 139 à la p. 195.)

En France, la Cour de cassation avait énoncé le principe dans la deuxième moitié du XIXe siècle : « [l]e silence en droit ne vaut pas acceptation, sauf circonstances particulières ». (Cass. civ., 25 mai 1870, D. 1870.1.257.)

[967] Art.s 2.6. 1) P.U. et 2:204 (2) P.E. Voir à ce sujet S. Guillemard, « Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux », en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html> (consulté le 21 septembre 2000).

[968] O. Iteanu, *supra* note 841 à la p. 86. Pierre Breese, lui, se montre plus réservé. Faisant une analogie avec le fait que même si la signature d'un contrat « constitue un mode certain d'expression de l'acceptation » elle n'est cependant pas nécessaire à la validité du contrat, il conclut : « On pourrait en déduire de façon audacieuse que si l'acceptation est dispensée d'un procédé d'expression certain comme la signature, c'est qu'est recevable un procédé d'expression sans certitude totale, comme le double clic. Ce raisonnement demeure risqué […]. » (*Supra* note 749 à la p. 196).

appuie par inadvertance sur la souris ou que l'on clique par erreur sur un bouton ou sur un lien hypertexte, par exemple, alors que l'on souhaitait cliquer sur un autre. Cette erreur de manipulation constitue-t-elle une erreur au sens où l'entendent les articles 1109 et 1110 C.c.f. et les articles 1399 et 1400 C.c.Q? En d'autres termes, le manipulateur maladroit pourra-t-il faire annuler le contrat ainsi passé ? Pierre Breese donne la réponse en citant Planiol : « Ce n'est pas un contrat, c'est un malentendu »[969].

Les nouvelles normes ont prévu les précautions à prendre pour éviter de tels malentendus. Ainsi la Directive sur le commerce électronique recommande :

> Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande:
>
> […]
>
> c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée[970] .

Dans le même sens, la loi québécoise indique :

> La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la

---

Les objets du clic peuvent être variés. Sur la page d'un site Web, il peut s'agir de pointer sur une case, un « bouton », portant, par exemple, la mention : j'accepte. Si l'échange se fait par messagerie électronique, on clique sur le bouton « envoyer » ou plus souvent « *send* ».

[969] P. Breese, *supra* note 749 à la p. 204.

[970] *Supra* note 754.

> partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire[971].

Cela peut se traduire, sur le plan pratique, par des solutions simples, déjà utilisées fréquemment. D'abord, le geste décisif, le clic, est généralement précédé d'une série d'autres gestes volontaires et bien indicateurs de la décision d'être lié, par exemple remplissage de formulaire, inscription de ses coordonnées, indication du numéro de carte de crédit, indication du code client, d'un mot de passe, de données relatives à l'entreprise, et surtout apposition d'une signature. D'autre part, celui à qui est adressée la réponse, l'acceptation, peut demander à son partenaire confirmation en l'invitant à cliquer de nouveau[972]. Autrement dit, il y a validation de l'ordre. En somme, « cliquer, c'est vouloir. Mais il faut cliquer plusieurs fois pour manifester pleinement cette volonté et se trouvé engagé »[973].

Pour être parfait, le contrat cyberspatial doit donc se former à la suite d'une succession de gestes, un peu à la manière du droit romain, où « le consentement ne peut s'exprimer que de manière fixe et stéréotypée »[974]. Parodions le doyen

---

[971] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755 art. 35.

[972] Cela donne un processus en quatre étape où chacun des partenaire communique à deux reprises avec son co-contractant : envoi de l'offre et invitation à cliquer de nouveau d'un côté et envoi de l'acceptation et second clic. Cette méthode rappelle le mécanisme prévu par le projet de Directive européenne pour qu'une passation de commande soit parfaite : se succédaient l'offre, l'acceptation, la confirmation de la réception de l'acceptation par l'offrant puis un accusé de réception de la confirmation de l'offrant par l'acceptant (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur, COM/98/0586 final - COD 98/0325, JOCE n° C 30 du 5 février 1999, p. 4, art. 11 §1 a), en ligne : <http://www.ccip.fr/etudes/propos/gjurid/sai9903/comelec.htm> consulté le 11 mai 2000)

Deux auteurs estiment que les messages transmis de part et d'autre après l'envoi de la commande, comme le veut l'article 11 § 1 de la *Directive sur le commerce électronique*, n'ont « aucune influence sur la formation du contrat. » (M. Demoulin et É. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique » dans M. Fontaine *supra* note 966, 693 à la p. 771).

[973] M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 972 à la p. 770.

[974] Université de Liège, Service de droit romain, en ligne : <http://www.ulg.ac.be/vinitor/SYL/S80.htm> (consulté le 25 avril 2000).

Carbonnier en disant que l'essentiel du consentement, c'est la volition, le double-clic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit[975].

2.2 Le mode de formation du contrat

Pour certaines fins, le droit s'attache au mode de formation des contrats et les classe alors en deux catégories. Au contrat de gré à gré, il oppose le contrat d'adhésion. Le premier est caractérisé par une importance égale des deux contractants dans tout le processus de formation. « Dans le contrat d'adhésion au contraire, l'une des parties perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement, en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat »[976].

La distinction a une importance majeure sur le plan juridique car le droit ne traite pas de la même façon les conventions que les parties ont élaborées en tenant une place égale et où, par conséquent, leur volonté s'est exprimée de façon équilibrée et celles où l'un des contractants n'a pu exprimer la sienne. Dans ce dernier cas, les deux fondements du contrat – la « liberté de façonner les relations contractuelles au gré des intérêts »[977] ainsi que l'égalité des parties – sont mis à mal. Pour reprendre les termes de Paul-André Crépeau, le contrat d'adhésion « a […] pour effet de modifier les règles du jeu contractuel »[978]. L'absence d'expression de la volonté de l'une des parties incite le droit à lui accorder une protection particulière.

Nous insistons sur l'expression « un peu à la manière », sachant qu'en droit romain, le respect des rites, des gestes et des paroles solennelles était fondamental, « la volonté [étant] impuissante par elle-même à produire des effets juridiques ». (M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 972 à la p. 705.)

Yves Poullet considère « la transaction électronique comme le résultat d'une procédure à diverses étapes afin d'assurer que le consentement auquel elle aboutit soit un éclairé, complet et certain. » (Y. Poullet, « Vers la confiance : Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace », octobre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/page3_06_1.html> consulté le 16 avril 2002.)

[975] Jean Carbonnier écrit : « L'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit » (*Supra* note 965 à la p. 84.)

[976] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 66.

[977] P.-A. Crépeau, « Contrat d'adhésion et contrat type » dans A. Popovici, dir., *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974 à la p. 67.

[978] *Ibid.* à la p. 69.

Sans entrer dans le détail du contrat d'adhésion, qui supporte mal une définition précise et universelle[979], mentionnons-en cependant les traits caractéristiques par cette formule de Jacques Ghestin : « Le contrat d'adhésion peut […] être défini comme l'*adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier* »[980]. Pour le *Code civil du Québec*, « [l]e contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées »[981].

L'imposition de clauses par une partie, sans négociation, risque d'engendrer des abus de sa part. Comme l'a écrit Georges Berlioz, dans une formule qui demeure pleinement d'actualité, les stipulations sont énoncées « de façon à protéger les intérêts »[982] de la partie qui les rédige ou pour le compte de qui elles sont rédigées. Ici le droit intervient, non pas pour sanctionner le contrat en tant que tel, mais lorsque le plus fort profite de sa domination sur le plus faible pour y inclure des clauses qui désavantagent ce dernier. On pense notamment aux clauses abusives, pour lesquelles les contrats d'adhésion constituent « un terrain fertile »[983].

---

979 Pour Jean Carbonnier, le contrat d'adhésion « n'est pas rigoureusement définissable » (J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 21e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998 à la p. 86.)

980 J. Ghestin, « Rapport introductif » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud, dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, 3 à la p. 8.

981 Art. 1379. Pour certains auteurs, il ne faut pas donner « aux mots "stipulations essentielles" le sens strict des quelques éléments caractéristiques du contrat concerné (par exemple, le transfert de propriété de tel bien, à tel prix, pour la vente) ». (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 70.) On peut se demander comment le droit québécois qualifie un contrat dont le prix par exemple a été négocié mais qui est accompagné de conditions générales de vente. En Europe, ces conditions générales sont considérées comme des contrats d'adhésion (Voir K. Neumayer, *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Librairie Droz, 1999.) Le contrat type fait partie de la même catégorie, lui qui « ne figure souvent dans la convention que sous forme de références à des documents dont il faut demander la communication, ou sur des affiches ou au verso de bons de commande ou de livraison dont l'intéressé ne peut pratiquement prendre connaissance, ou qu'il ne peut en tout cas étudier, avant de s'engager » (J. Ghestin, *supra* note 980 à la p. 9.)

982 G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973 à la p. 30.

983 M. Fontaine, « Rapport de synthèse », dans J. Ghestin et M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, 615 à la p. 631.

Le droit, généralement, ne protège pas contre toutes les clauses abusives mais seulement contre celles imposées à une partie vulnérable. (Voir, par exemple, l'article 1437 C.c.Q., *supra* note 147, qui s'applique aux adhérents et aux consommateurs).

À la base du contrat d'adhésion se trouve la puissance ou la force économique de l'une des parties[984]. Cette domination sur le vis-à-vis trouve dans la technique un véhicule qui la sert. De façon générale, « [l]es facteurs matériels de présentation du document contractuel contribuent à faire du contrat un contrat d'adhésion »[985]. En effet, dans le monde fondé sur le papier, le document contractuel est souvent imprimé à l'avance et la technique de l'impression permet d'y inclure une grande quantité de clauses. Il est plus facile, dans ces conditions, d'imposer les termes d'un contrat que lorsque le processus de construction ou de formation de la convention se fait de vive voix et qu'un dialogue risque de s'établir. Le papier et l'imprimerie alliés à la standardisation ainsi qu'à l'évolution économique ont contribué à la prolifération de ce mode de formation des contrats.

Dans le monde traditionnel, le consommateur est souvent exposé au contrat d'adhésion. On retrouve dans ce mode de formation du contrat le déséquilibre caractéristique du commerce de consommation : « Par sa puissance économique, l'une des parties impose le contenu du contrat à l'autre partie, qui ne peut qu'accepter en bloc, ou refuser de contracter »[986]. Pourtant, il serait faux de croire que les contrats d'adhésion ne touchent que les consommateurs, ce genre de relation contractuelle existant indéniablement dans les échanges entre commerçants :

> En effet, à l'instar des consommateurs, nombreux sont les professionnels qui, parce qu'ils sont en situation d'infériorité économique ou de dépendance intellectuelle ou technique par rapport à leurs partenaires, sont privés de tout pouvoir de négocier le contenu de leur contrat et, par conséquent, doivent se résigner à accepter des clauses abusives[987].

---

[984] Nous nous plaçons ici d'un point de vue psychologique. Sur le plan juridique, la domination n'est pas toujours un élément déterminant. Ainsi, l'article 1379 C.c.Q. (ci-dessus à la p. 312) n'en fait pas mention.

[985] G. Berlioz, *supra* note 982 à la p. 25.

[986] D. Denis, « Contrats et conventions », *Guide juridique Dalloz*, Paris, 156-1 à la p. 156-2. Signalons que pour Maurice Tancelin, tout contrat reflète un déséquilibre entre les parties : « Psychologiquement le contrat est un moyen de domination du fort sur le faible. » (*Supra* note 35 à la p. 31).

[987] D. Mazeaud, « La protection par le droit commun » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud, *supra* note 980 33 aux pp. 34-35.

On connaît la pratique selon laquelle, une fois le marché conclu en ce qui a trait à la marchandise, l'un des commerçants adjoint au contrat ses conditions générales[988]. Or le professionnel soumis à un contrat d'adhésion, et par là, éventuellement à une clause abusive, est mal protégé : « […] il n'est pas nécessaire d'être un praticien averti pour deviner qu'entre professionnels, ni le juge, ni le Droit, ne sont nécessairement conviés pour trancher les conflits que suscitent les clauses abusives »[989]. Pour un économiste, l'affirmation doit être nuancée. Lorsque l'on a à faire à des professionnels qui ont l'habitude de contracter,

> […] l'économiste pourrait recommander au juriste de ne pas trop s'inquiéter de la présence d'une partie faible, moins informée, au sein des rapports contractuels entre professionnels. Les connaissances gagnées par l'expérience, le souci de construire une réputation, la possibilité de se signaler en renforçant la sincérité de ses dires par de véritables engagements financiers sont autant de moyens qui permettent à des professionnels de travailler avec efficacité, même dans ces cadres difficiles. […] En revanche, l'homme de droit doit prendre plus d'initiative dès qu'il a affaire à des opérateurs professionnels certes mais qui sont conduits à contracter moins fréquemment. Cette dimension du manque de répétitivité dans les échanges nous semble essentielle[990].

Si, dans le monde traditionnel, commerçants et consommateurs sont souvent soumis aux contrats d'adhésion, qu'en est-il dans le cyberespace? Rappelons les deux « outils » principaux par lesquels les cybernautes peuvent contracter et sur lesquels nous avons choisi de centrer cette étude. Le courrier électronique peut donner cours à un échange de correspondance et « […] une forme de négociation

---

[988] Il ne nous est pas nécessaire, dans le cadre de cette étude, de faire ressortir la différence entre deux types possibles de contrats d'adhésion soit ceux que constituent les conditions générales, imposées à tous les clients de façon impersonnelle, pourrions-nous dire, et ceux par lesquels une partie impose à l'autre ses conditions, celles-ci pouvant toutefois varier d'un interlocuteur à un autre. (À ce sujet, voir K. Neumayer, *supra* note 972 à la p. 20)

[989] D. Mazeaud, *supra* note 987 à la p. 33.

La Cour de cassation française a récemment rappelé que « [l]orsqu'un contrat a été conclu entre deux commerçants dans le cadre de leurs relations professionnelles habituelles, il ne peut être fait appel à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour obtenir la nullité d'une clause d'irresponsabilité » (Voir Cass. com., 23 novembre 1999, no 1867P, *Sté Michenon* c. *Sté Art graphique imprimerie*, Juris-Data no 004067 (note G. Raymond), Bull n° 210, N° 96-21-869, en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/3472.html> consulté le 10 juillet 2002).

entre les parties »[991] peut donc s'installer. La technique numérique permet dans ce cas d'engager un dialogue et d'un point de vue matériel n'empêche pas éventuellement de faire des « ratures » ou des modifications à un texte reçu. À notre avis, cela reste théorique et n'empêche pas la conclusion de contrats d'adhésion, au même titre qu'une correspondance sur support papier.

En revanche, le contrat d'adhésion est indiscutablement favorisé par la technique numérique dans le cas des sites Web, à tel point qu'on peut dire qu'il lui est même intimement lié. Le client fait face à un écran où sont affichés des informations, des clauses disponibles en permanence, soit directement soit grâce à un hyperlien, et des boutons qui lui permettent de passer sa commande. En raison de la nature même du document, il lui est matériellement impossible de modifier quoi que ce soit[992]. L'usage et l'imposition de contrats d'adhésion sont par conséquent très généralisés, d'autant plus, nous l'avons mentionné, que le Web est le médium commercial par excellence, plus que ne l'est le courriel.

Il suffit de quelques visites sur des sites commerciaux pour se rendre compte de l'usage exclusif des contrats d'adhésion. Non seulement les clauses n'ont pas fait l'objet de négociations mais en plus, l'adhérent accepte ainsi « les termes d'un contrat quasiment invisible » puisqu'il arrive « fréquemment que les principales clauses contractuelles soient dissimulées sous une épaisse couche de liens hypertextes ou tout simplement inexistantes »[993].

---

[990] M. Levasseur, « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud, *supra* note 980 109.

[991] M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 972 à la p. 696.

[992] Olivier Cachard s'appuie sur les propos de Georges Berlioz pour dire que, dans le monde fondé sur le papier, un « consommateur particulièrement avisé pouvait ajouter des mentions manuscrites sur l'imprimé du vendeur ». (*Supra* note 685 à la p. 395). Cette affirmation nous semble relever de la pure théorie, pour ne pas dire utopie.

[993] L. Thoumyre, *supra* note 879. Au cours du mois d'avril 2002, nous avons visité quelques sites Web, pris au hasard. Si cette enquête sur les sites n'a aucune prétention scientifique, elle n'en reflète pas moins les réalités et les difficultés auxquelles est exposé le cyberconsommateur moyen. Pour résumer, en ce qui concerne les conditions générales de vente, nous pouvons classer les contrats soumis aux consommateurs en trois types. Les uns ne contiennent aucune condition générale ni aucune clause du même type, c'est-à-dire qu'en dehors de la description et du prix de l'objet mis en vente, aucun renseignement sur la garantie, les modalités de livraison etc. n'est donné. D'autres sites permettent d'accéder aux conditions générales uniquement lorsque la démarche

Vincent Gautrais constate que le contrat d'adhésion « menace » indistinctement toutes les catégories de clients potentiels qui accèdent à un site marchand virtuel :

> Et dans le cyberespace l'interactivité, outre son absence de définition, n'est pas actuellement la règle dans beaucoup de contrats électroniques. En effet, plutôt que d'imaginer une interaction grandissante qui serait occasionnée par l'efficience du médium de communication, il est prévisible que la vente de masse qui tend à s'instaurer dans le commerce électronique, ne fasse que généraliser des contrats d'adhésion somme toute assez classiques[994].

Les contrats d'adhésion virtuels ne sont pas réservés aux seuls consommateurs puisque, par définition, le réseau est ouvert, accessible à tout le monde. Par conséquent, lorsque quelqu'un offre des produits ou service sur le Web, il peut s'adresser autant à des individus habituellement décrits comme des consommateurs, c'est-à-dire qui vont se procurer les produits ou service pour leur usage personnel qu'à des commerçants qui comptent mener des opérations dans le cadre de leur activité professionnelle :

> l'offre d'informations, de biens et de services sur les réseaux peut être destinée à des professionnels tout comme à des particuliers : elle sert au commerce interentreprises, aussi bien que pour la vente aux consommateurs […]. Les offres sont parfois plus spécialement destinées à l'une ou l'autre de ces deux catégories de personnes, mais souvent elles s'adressent indifféremment à l'ensemble de la clientèle potentielle[995].

Non seulement les offres s'appliquent à tous mais souvent, l'acte même de la vente avec des particuliers ne se distingue pas toujours de celui avec des professionnels. Prenons comme exemple le site qui s'adresse principalement aux

---

d'achat est entamée. Finalement, les derniers présentent immédiatement et de façon plus ou moins facilement accessible leurs termes et conditions.

[994] V. Gautrais, « Contrats internationaux dans le cyberespace: les éléments du changement » *Congrès annuel du Barreau (1997)*, Service de la formation permanente Barreau du Québec, 1997 405 à la p. 414, note 30.

[995] J. Huet, *supra* note 940 à la p. 7.

clients canadiens de l’entreprise Hewlett Packard, fournisseur de matériel informatique[996]. Une fois choisi le produit désiré, le cybernaute passe sur une page qui permet de procéder à l’achat en ligne. Deux options sont offertes, l’une pour la « maison et le bureau à domicile », l’autre pour « les entreprises », renvoyant aux sites des « revendeurs HP en ligne ». Qu’il choisisse l’une ou l’autre, le client aboutit aux mêmes page Web. Pour les fins de l’exercice, nous avons choisi celle du revendeur Cendirect.com. Le formulaire de commande en ligne[997] prévoit de donner quelques renseignements sommaires sur la « compagnie » si l’acheteur est un professionnel. Il faut remarquer en outre que ces renseignements sont facultatifs. Par conséquent, lors de l’achat rien ne distingue le client professionnel du consommateur. Quant aux conditions générales, elles sont relativement accessibles, sous forme de liens aux « politiques de livraison » et « politiques de retours »[998].

Dans d’autres cas, la frontière entre consommateur et professionnel est plus marquée. Ainsi, le site de Dell, également fournisseur de matériel informatique, aiguille assez rapidement les uns et les autres sur des voies différentes. En fin de parcours, le bon de commande des professionnels ne peut être rempli par un consommateur puisqu’il faut inscrire le numéro de SIRET. Dans les deux cas, le client est soumis à un contrat d’adhésion et ici aussi, l’accès aux conditions générales de vente est assez facile. La qualité de contrat d’adhésion ne peut faire aucun doute. Si le procédé technique ne suffisait pas, les termes mêmes de la clause 2 du contrat[999], qui s’adresse tant au consommateur qu’au professionnel, sont très clairs :

> Ce contrat s’applique aux ventes ou prestations décrites dans nos publicités, catalogues tarifaires et devis, sur Internet ou par oral. Toute modification de ce contrat doit être faite par Dell par écrit. Toutes autres conditions d’achat sont exclues. En passant votre

---

[996] En ligne : <http://thenew.hp.com/country/ca/fre/prodserv.html> (consulté le 10 mai 2002).

[997] Reproduit ci-dessous à l’annexe 2 à la p. 553.

[998] En ligne : <http://www.cendirect.com/buyhp/main_fr/tab_16.asp?rSubCat=td4#shipping> et <http://www.cendirect.com/buyhp/main_fr/tab_16.asp?rSubCat=td4#returns> (consultés le 14 mai 2002).

[999] En ligne : <http://www.euro.dell.com/countries/fr/fra/bsd/local/legal_terms.htm> (consulté le 20 avril 2001). Reproduit à l’annexe 2 à la p. 547 et s.

> commande vous acceptez expressément ce contrat. Nous nous réservons la possibilité de le modifier.

Le site « français » de la libraire virtuelle Amazon contient un avertissement du même genre : « Toute condition non conforme à nos conditions générales que vous auriez formulée sera rejetée […] »[1000].

2.3 Le problème de la localisation de la conclusion du contrat cyberspatial

L'établissement de la localisation spatio-temporelle de la conclusion d'un contrat présente, comme l'écrit Maurice Tancelin, des « intérêts pratiques »[1001] et ce, à plusieurs égards. Sa localisation spatiale peut avoir des conséquences en droit international privé et « [l]a détermination du moment de formation peut commander l'existence même du contrat »[1002]. Alors que ces éléments ne posent généralement pas de problèmes lors d'un face à face, il en va autrement en cas de contrats entre non-présents. En matière de contrats cyberspatiaux, la difficulté est accrue en raison de l'ubiquité et la dématérialisation propres aux échanges virtuels. Par conséquent, non seulement faut-il pouvoir les déterminer mais il faut au préalable en donner une définition dans un monde où les données tangibles sont inexistantes.

2.3.1 Le lieu de conclusion du contrat

Si la question du lieu où s'est formé le contrat est pratiquement dénuée de tout intérêt dans une relation locale, ou nationale, elle peut avoir une importance considérable en matière de contrats transnationaux[1003]. Rappelons en effet que le

---

[1000] En ligne : < http://www.amazon.fr/exec/obidos/tg/browse/-/548524/402-9386414-0548907> (Consulté le 29 avril 2002). L'avertissement est adouci par la réserve qui suit mais dont on peut douter de la réelle efficacité : « […] à moins que nous n'en ayons expressément et par écrit reconnu l'applicabilité ».

[1001] M. Tancelin, *supra* note 35 à la p. 77.

[1002] *Ibid.* à la p. 77.

[1003] Pour Vincent Gautrais, de façon générale, « [l]a question du lieu et du moment de formation du contrat électronique n'est pas en pratique d'une importance considérable », tout en reconnaissant qu' « [i]l n'en demeure pas moins que cette question passionne les esprits de juristes, notamment en ce qui concerne le droit applicable à la forme du contrat, le principe *locus regit actum* étant encore très présent ». (V. Gautrais, « La formation des

lieu de formation du contrat est le facteur de rattachement normatif en matière de forme du contrat en vertu du droit québécois et de la Convention de Rome[1004]. Comme nous l'avons expliqué dans la première partie, le lieu de conclusion du contrat est également un élément à déterminer obligatoirement en cas de vente de bien corporel et en matière de contrat à la consommation en vertu du *Code civil du Québec*[1005]. En dehors de ces cas, le lieu de naissance de la convention n'est plus utilisé. Quoiqu'il en soit, lorsqu'elle est nécessaire, la détermination du lieu où prend naissance la relation entre les cocontractants présente des défis dans le cadre du cyberespace.

Alors que les textes jusqu'ici élaborés en matière de commerce électronique donnent, comme nous l'indiquerons, des indications permettant de dater la formation des contrats, ils sont généralement plus discrets en matière de localisation spatiale. Afin de la déterminer, comme pour les rédacteurs de la loi type de la CNUDCI « l'emplacement d'un système d'information n'est pas l'élément déterminant »[1006], ils ont choisi un lien présomptif[1007] entre les personnes qui s'échangent des messages et un lieu relativement fixe, celui de leur établissement principal ou de leur résidence[1008], termes issus de l'article 10 de la Convention de Vienne.

---

contrats en ligne » dans É. Labbé *et al*., dir., *Guide juridique du commerçant électronique*, 2001, Juris international, en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf> (consulté le 20 mai 2002) 83 à la p. 93).

[1004] Art. 3109 C.c.Q. et art. 9 de la Convention de Rome.

[1005] Art. 3114 et en matière de contrat à la consommation, art. 3117 C.c.Q.

[1006] En ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP> (consulté le 22 juin 1999).

[1007] Il s'agit d'une « présomption irréfragable concernant un fait juridique, à utiliser lorsqu'une autre loi applicable (par exemple la loi relative à la formation des contrats ou une règle de conflit de lois) exige la détermination du lieu de la réception d'un message de données. » (En ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP> consulté le 22 juin 1999).

[1008] Art. 15 § 4 a) et b). Notons qu'en cas de pluralité d'établissements, le texte utilise une formule bien connue en droit international privé : « Si l'expéditeur ou le destinataire a plus d'un établissement, l'établissement retenu est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente […] ». (Art. 15 § 4 a).

En revanche, la loi québécoise ne fournit aucune indication sur la localisation des documents numérisés[1009]. De ce point de vue, elle se rapproche de la Directive européenne sur le commerce électronique, elle aussi silencieuse en la matière.

Pour notre part, nous estimons que l'on devrait considérer que le lieu de formation du contrat est le cyberespace, où les parties se trouvent virtuellement et où s'effectuent les échanges de communications. En effet, les parties pour communiquer l'une avec l'autre, doivent inévitablement se brancher sur le réseau qui les transportent dans l'espace virtuel que partagent leurs ordinateurs. Là est le lieu de rencontre des volontés. Deux auteurs français parviennent à une conclusion identique en fondant leur raisonnement sur l'interactivité propre aux réseaux, ce qui distingue les opérations cyberspatiales de la vente à distance par excellence, la vente par correspondance où un certain délai, pour ne pas dire un délai certain, s'écoule entre l'offre et l'acceptation: « Ainsi, s'il n'y a pas, sur Internet, présence physique simultanée des contractants, conformément à la définition même de la vente à distance, le réseau permet toutefois une présence virtuelle grâce à l'interactivité. L'offre et l'acceptation peuvent se rencontrer presque simultanément sur le réseau »[1010].

Cette solution peut certainement paraître déroutante, peut-être même simpliste. Pourtant, elle permet de surmonter plusieurs difficultés conceptuelles auxquelles on se heurte inextricablement en niant l'existence de cet espace autonome et en restant attaché aux références terrestres. À notre avis, chercher des correspondances entre cyberespace et territoires terrestres mènent, du moins sur ces questions, à des impasses.

[1009] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755. La seule référence à ce que l'on pourrait assimiler à un lieu est « l'adresse » du destinataire d'un message (voir l'article 31), dont nous avons vu précédemment qu'elle n'offre aucun renseignement sur une localisation terrienne. Au contraire, l'adresse électronique évoque uniquement une donnée technique.

[1010] P. Deprez et V. Fauchoux, *supra* note 734 à la p. 112.

En premier lieu, une telle localisation présente l'intérêt de la certitude. Les parties ne savent pas forcément où est localisé leur vis-à-vis ni dans l'absolu – nous en avons donné quelques exemples précédemment –, ni à tel moment. Elles ne peuvent se fier à l'adresse terrienne qui, nous l'avons vu, ne signifie pas toujours grand chose puisqu'elle peut n'avoir que peu de liens avec la personne et ne correspondre qu'à des contingences pratiques, administratives ou de tout autre ordre. Ou, comme le disent David Johnson et David Post, « there is no necessary connection between an Internet address and a physical jurisdiction »[1011]. Au contraire, la seule certitude réside dans le fait que si une personne envoie un message, prend connaissance de données numérisées, clique sur un icône ou visite une galerie marchande, elle a pénétré dans le cyberespace. La seule adresse significative est l'adresse IP de la machine.

D'autre part, plus personne ne nie que le cyberespace se joue des frontières. Dans ces conditions, cela ne rime pas à grand chose d'essayer de lui faire correspondre des limites, des découpages qui n'ont leur raison d'être que dans le monde matériel. Le concept même étant global, il est contradictoire de le découper en zones spatiales, d'autant plus lorsque ces découpages ne correspondent à aucune réalité ni géographique, ni politique, ni juridique.

On pourrait être tenté de faire une analogie avec le monde terrestre puisque ici aussi les partenaires, même résidant dans des pays différents, relèvent globalement du même espace. La difficulté provient du fait que si le monde, l'espace terrestre est divisé en zones, territoires, découpés, délimités, distincts les uns des autres, tant politiquement que juridiquement, il en va tout autrement dans le cyberespace, qui ne forme qu'une grande entité. Ainsi, les moyens de communication utilisés au sein du cyberespace ne servent pas à véhiculer de l'information d'une zone bien délimitée à une autre mais plutôt à les transmettre à l'intérieur d'une grande sphère commune.

[1011] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [Il n'y a pas forcément de lien entre une adresse Internet et une juridiction physique].

2.3.2 Le moment de la conclusion du contrat

Cette question fondamentale unit les internationalistes et les autres juristes, puisque, plus que celle du lieu de formation, elle peut évidemment se poser lors d'un contrat purement national.

En raison des particularités que les différentes étapes de la transmission des données dématérialisées présentent et des difficultés qu'elles soulèvent dans le cyberespace, les textes actuellement élaborés en matière de contrats numériques contiennent des dispositions spécifiques définissant le moment de la conclusion des contrats, ou plus généralement, celui de l'expédition et de la réception des informations entre les parties.

La *loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* propose les définitions suivantes:

> 1. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur.
>
> 2. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit :
>
> a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données :
>
> i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné;
>
> ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire;

> b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire[1012].

En vertu du paragraphe 1, l'expédition a lieu lorsque l'expéditeur n'a plus de prise sur son message, lorsque celui-ci « entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ». La notion d' « entrée » dans un système est le critère déterminant pour situer tant le moment de l'expédition que celui de la réception. « Un message de données entre dans un système d'information lorsqu'il peut être traité dans ce système d'information »[1013]. Ainsi, un message qui atteint le système du destinataire mais qui ne peut y pénétrer, en raison de défectuosité technique par exemple, n'entre pas dans le système et ne doit donc pas être considéré comme expédié. Une exception au critère de l'entrée prévaut lorsque le message est envoyé à un autre système d'information, une autre adresse électronique, par exemple, que celle indiquée spécifiquement par le destinataire. Dans ce cas, la réception a lieu au « moment où le message est relevé par le destinataire »[1014].

La loi uniforme sur le commerce électronique[1015], adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada en août 1999, est inspirée de la loi type de la CNUDCI. Sous l'intitulé « Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un document électronique », le premier paragraphe de l'article 23, relatif au moment de l'expédition, est sensiblement identique à la disposition suggérée par la loi type de la CNUDCI. Les principes applicables au moment de la réception du message sont également semblables, à une différence notable près. Si en matière d'expédition – ainsi qu'en ce qui a trait à la localisation spatiale de l'expédition et de la réception – le texte canadien prévoit une règle, à laquelle les parties peuvent d'ailleurs déroger, en revanche, il en va autrement pour la question du moment de la réception qui, elle, est

---

1012 *Supra* note 758 art. 15.

1013 En ligne :<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP> (consulté le 22 juin 1999).

1014 Art. 15 § 2 a) ii).

1015 *Supra* note 758.

exprimée sous forme de présomption. La Conférence a estimé qu'il « était prématuré », étant donné l'état des pratiques actuelles, d'établir une règle.

Les alinéas a) et b) du paragraphe 2 décrivent des situations différentes, selon que le destinataire a spécifié ou non une adresse à laquelle il désirait recevoir un document électronique. Dans les deux cas, le texte exclut la théorie de l'information, celle par laquelle le destinataire prend effectivement connaissance du contenu du message : « Cet article n'exige pas la récupération et le traitement comme tel, afin d'empêcher que les gens évitent la réception en refusant d'ouvrir les messages qu'il pourraient ouvrir s'il le voulaient »[1016].

Au Québec, l'article 31 de la nouvelle loi sur les « technologies de l'information » règle quelques questions liées à l'expédition et à la réception des documents:

> Un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l'adresse active du destinataire est accompli par l'expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ou, s 'il peut l 'être, n'a pas été contremandé par lui ou sur son ordre.
>
> Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ou celle qu'il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l 'envoi. Le document reçu est présumé intelligible, à moins d'un avis contraire envoyé à l'expéditeur dès l'ouverture du document.
>
> Lorsque le moment de l'envoi ou de la réception du document doit être établi, il peut l'être par un bordereau d'envoi ou un accusé de réception ou par la production des renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa

---

[1016] *Ibid.*

> destination ou par un autre moyen convenu qui présente de telles garanties[1017].

La Directive européenne sur le commerce électronique traite de façon laconique du moment de la réception des messages: « La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »[1018]. Par conséquent, « l'internaute sera considéré comme ayant reçu l'e-mail de confirmation du site marchand lorsqu'il aura accédé à sa messagerie électronique, même s'il ne la consulte que des semaines après la commande »[1019]. Remarquons que le texte de la Directive ne donne aucun indice de ce qui constitue une expédition.

2.3.3. Les théories sur la localisation spatio-temporelle des contrats entre non-présents.

Lorsque les contractants ne sont pas en présence l'un de l'autre, ils sont forcément situés dans des lieux différents. Or le contrat ne peut souffrir qu'un seul et unique lieu de naissance. Il y a donc ce que nous serions tentée d'appeler un « conflit de lieux » que le droit résout en en choisissant un artificiellement. De même, en raison de la distance[1020], les échanges entre les futurs contractants ne se font pas toujours en mode synchrone. Il faut, là aussi, que le droit détermine entre les divers moments où les futurs contractants posent des gestes juridiques, par exemple la

---

[1017] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755.

[1018] *Supra* note 754.

Alors que ce texte n'en était encore qu'à l'état de projet, le considérant 13 indiquait qu'il était nécessaire pour chaque État membre « de clarifier à quel moment un contrat par voie électronique doit être considéré comme conclu. » (*Supra* note 972). On ne trouve aucun écho de cette recommandation dans les considérants du texte adopté.

[1019] T. Verbiest, « La Directive européenne sur le commerce électronique », *Juriscom.net*, 15 juin 2000, en ligne : <http://www.juriscom.net/espace2/2/ce0615.htm> (consulté le 7 décembre 2000).

[1020] Les deux notions de distance et de temps sont effectivement liées. L'espace entre deux points terrestres peut se mesurer en unités de longueur, comme le mètre ou le kilomètre. Ainsi, on dit que Montréal est à 250 km de Québec. L'éloignement peut aussi se traduire en termes de mesure temporelle : Québec est à 2h30 de Montréal en voiture, 45 minutes en avion. Plus le moyen pour se rendre d'un lieu dans un autre est rapide et efficace, moins le temps de trajet est élevé et moins la distance est grande. On peut ainsi considérer qu'en 1900, Montréal était plus éloignée de Québec qu'elle ne l'est en l'an 2000. Avec les modes de communication cyberspatiale, Paris est à la même distance de Québec que de Versailles.

présentation de l'offre, celle de l'acceptation, le moment de la naissance de la convention entre les parties. Les différentes théories sur la localisation des contrats entre non-présents visent à leur donner une assise spatio-temporelle qui ne s'impose pas naturellement.

Autrefois, les contractants étaient en présence l'un de l'autre lors de la conclusion des contrats. En raison de la proximité physique, la communication entre eux de l'offre et de l'acceptation était instantanée[1021]. Le stade suivant a vu les parties s'éloigner et communiquer entre elles par l'intermédiaire de messagers, transmettant soit des paroles, soit des écrits. Le droit reflétait alors les deux seules situations possibles[1022] : le face à face, impliquant présence et simultanéité des communications ou la non présence, que l'on pourrait qualifier de totale et complète, comportant à la fois distance et délai entre les communications.

En droit québécois, avant 1994, la règle applicable en matière de contrats conclus à distance avec délai entre les communications s'est formée en trois étapes. Les tribunaux ont commencé par élaborer la théorie de l'information, selon laquelle « le contrat n'est parfait qu'à partir de l'instant où l'acceptation de l'offre est connue du pollicitant »[1023]. Par la suite, la Cour suprême du Canada applique une autre théorie, celle de l'expédition. Dans ce cas, « le contrat est parfait dès le moment où l'acceptant se départit de son acceptation »[1024]. Cette théorie, imposée par le plus haut tribunal canadien dans le but d'uniformiser common law et droit civil[1025], a par la suite été suivie par l'ensemble des tribunaux québécois. C'est d'ailleurs effectivement

---

[1021] En réalité, seule importe de ce point de vue l'étape de l'acceptation.

[1022] D'après Vincent Gautrais, la question des problèmes soulevés par les contrats à distance s'est posée en Angleterre dès le XV[e] siècle. Voir V. Gautrais, « La formation des contrats par télécopieurs », en ligne : <http://www.droit.umontreal.ca/pub/themis/95vol29n2/GAUTRAIS.html> (consulté le 10 avril 2000).

[1023] J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1983 à la p. 93. L'arrêt de principe en la matière est *Underwood and Son Ltd*. c. *Maguire*, *supra* note 622.

[1024] *Ibid*. L'affaire est *Magann* c. *Auger*, *supra* note 622.

[1025] Le juge Taschereau écrit en effet : « We declare the law to be in the Province of Quebec upon the same footing as it stands in England, and in the rest of this dominion […] ». (*Magann* c. *Auger*, *supra* note 622). [Nous déclarons que le droit de la Province de Québec doit être équivalent à celui qui a cours en Angleterre et dans le reste de ce dominion].

celle que la Cour d'appel du Québec a suivie dans l'affaire *Charlebois* c. *Baril*[1026]. Cependant, ce dossier ayant été porté devant la Cour suprême, celle-ci renverse la conclusion de la Cour d'appel car la théorie de l'expédition ne serait applicable que lorsque les cocontractants utilisent des moyens de communication identiques. Or dans l'affaire qui lui était alors soumise, l'offre avait été envoyée par messager et l'acceptation acheminée par la poste. La Cour suprême impose alors une nouvelle théorie, celle de la réception. Le contrat, dans ce cas, est conclu à l'endroit et au moment où l'offrant reçoit l'acceptation, qu'il en prenne connaissance ou non. La théorie est assortie de la présomption « que dès la réception de l'acceptation par l'offrant, celui-ci [est] informé de cette acceptation »[1027].

En droit français, la situation est plus complexe encore qu'au Québec avant la réforme du Code civil car la localisation dans l'espace et celle dans le temps obéissent à des règles différentes. En ce qui a trait au moment de la conclusion, les tribunaux semblent opter pour la théorie de la réception[1028] alors que pour la localisation dans l'espace, ils appliquent celle de l'expédition[1029].

Alors que pendant longtemps, le mode de vie et l'évolution technique ne pouvaient donner lieu à aucune autre alternative que celles présentées plus haut, le téléphone a rompu et perturbé le clivage connu jusque là entre « présence + simultanéité » et « distance + délai ». En effet, malgré l'éloignement, les échanges entre les interlocuteurs sont instantanés. Les communications téléphoniques ont donc introduit une nouvelle combinaison : « distance + simultanéité ».

Le droit québécois avait adopté pour les contrats conclus par téléphone l'approche selon laquelle « [l]e lieu et le moment où le contrat est formé [sont ceux]

[1026] *Supra* note 622.

[1027] S. Gaudet et R. Kouri, « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? », (1989) 20 R.D.U.S. 175 à la p. 190.

[1028] Cass. civ. 1re, 21 décembre 1960, D. 1961 (note Malaurie).et Cass. com. 7 janvier 1981, 4 Bulletin civil no 14.

[1029] Cass. soc., 20 juillet 1954, JCP 1955 II. 8775 (note Rabut) et Cass. com., 22 juin 1976, 4 Bulletin civil no 420.

où l'acceptation est faite »[1030], soit la théorie de l'émission, également suivie la plupart du temps en France dans les mêmes circonstances.

Quant à la Convention de Vienne, elle préconise la théorie de la réception pour la formation du contrat, par l'effet combiné des articles 18 et 24, et ce, quel que soit le mode de communication ou la distance entre les parties[1031].

De ce bref panorama, il ressort que l'application de l'une ou l'autre des théories repose essentiellement sur la concordance temporelle ou non des communications entre les parties.

> [L]e caractère instantané de la conversation téléphonique la rendant semblable à la conversation des personnes en présence l'une de l'autre, le processus de l'accord de volontés du contrat conclu par téléphone [doit], en toute logique, obéir aux même règles de formation que celles régissant les contrats conclus entre présents[1032].

Louis Josserand proposait la même analogie :

> On se demande si les contrats conclus par le *téléphone* sont à traiter comme des contrats entre présents ou comme des contrats entre absents: d'une part, ils interviennent entre correspondants éloignés l'un de l'autre; mais d'un autre côté, les demandes et les

---

[1030] J.-L. Baudouin, *supra* note 1023 aux pp. 94-95. En réalité, lorsque le contrat est conclu par téléphone, seule pose une réelle difficulté la localisation spatiale de la naissance du contrat.

[1031] Les Principes Unidroit (art. 2.6 §2) et les Principes européens (art. 2 :205) sont au même effet.

[1032] S. Gaudet et R. Kouri, *supra* note 1027 à la p. 195. Le raisonnement de ces auteurs était fort intéressant et reposait sur cette double interrogation : « […] comment justifier que selon que l'accord de volontés sera conclu par téléphone ou autrement, la communication de l'acceptation à l'offrant sera ou non nécessaire? Comment expliquer que la notion même de ce qu'est véritablement l'accord de volontés varie selon le processus utilisé pour effectuer cet accord? » (*Ibid*. à la p. 193). Ils préconisaient alors une solution unique, quels que soient la distance entre les contractants et leur mode de communication : « le contrat est conclu lorsque l'offrant a connaissance actuelle ou présumée de l'acceptation » (*Ibid*. à la p. 175) Ce faisant, ils s'inscrivent dans la ligne de pensée du juriste belge Henri de Page (H. de Page, ***Traité élémentaire de droit civil belge : principe, doctrine, jurisprudence***, 3è éd., Bruxelles, Bruylant, 1964 en particulier aux pp. 524-531.)

Le codificateur a retenu cette solution en 1994 puisque l'article 1387 C.c.Q. présente maintenant une unité de traitement en ce qui concerne la localisation du contrat et le moment de sa naissance et consacre dans tous les cas la théorie de la réception : « « Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer [...]. »

> réponses sont transmises et échangées sans trait de temps; c'est une véritable conversation qui s'engage entre les intéressés qui, à un moment donné, acquièrent la certitude de la rencontre de leurs volontés. Cette dernière particularité nous paraît décisive; les contrats par téléphone sont à traiter comme conclus entre présents[1033].

Par conséquent, si nécessaire, la seule question pertinente est de savoir si les échanges sont instantanés afin de classer un contrat dans l'une des deux catégories, puisque la « présence » ne repose pas tant sur la « présence physique » que sur la possibilité de communiquer sans délai. D'ailleurs, imposer la présence physique dans sa globalité poserait des problèmes insurmontables même dans le monde traditionnel. En effet, à quels critères correspond cette expression? La mise en œuvre possible des cinq sens? Une réponse négative s'impose si l'on pense aux personnes atteinte de cécité ou de surdité dont on ne peut pourtant nier que l'on soit en présence lorsqu'on les rencontre. Du point de vue contractuel, nous estimons que la présence signifie le fait de partager le même espace sensoriel, c'est-à-dire celui qui permet de mettre en action ceux des sens qui sont nécessaires pour communiquer sans délai, la vue ou l'ouie.

Dans le cyberespace, la seule certitude indéniable est que les protagonistes ne sont pas en présence physique l'un de l'autre, l'expression étant comprise dans sa globalité. Sont-ils pour autant « non-présents » lorsqu'ils contractent? Si l'on se fie à la technique utilisée actuellement dans la plupart des cas, on serait tenté de répondre par l'affirmative puisque même si l'information, les données circulent extrêmement rapidement dans le cyberespace, il semble douteux que les communications soient

---

[1033] L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Sirey, 1933 no 51-54 à la p. 31. [Les italiques sont dans le texte original]. Voir également en droit québécois, par exemple, J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1988 à la p. 74 et en droit français J. Ghestin, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988. *Contra* : H. Mazeaud *et al.*, *Obligations, Théorie générale*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1991 à la p. 132.

Rappelons également la position de la Cour d'appel d'Angers qui arrive à la même conclusion en se fondant sur une fiction juridique. (Voir ci-dessus à la note 813).

simultanées et que l'on puisse les considérer comme une conversation, pour reprendre le terme de Louis Josserand[1034].

En suivant la théorie québécoise en matière de contrats conclus entre non-présents, on pourrait en déduire que lorsque le cybernaute relève son courrier, le contrat est formé là où se trouve le serveur[1035]. Toutefois, on a noté que l'emplacement du serveur peut n'offrir aucune constance et d'autre part, cette localisation semble totalement étrangère à la relation contractuelle, ne présentant aucun lien avec elle.

Cependant, le raisonnement esquissé ci-dessus repose de façon exagérée sur l'état de la technique en ce début de nouveau millénaire[1036]. En effet, les ébauches de solution que nous proposons et le fondement même de nos interrogations tiennent uniquement compte de la transmission « écrite » ou du moins dactylographiée, des données dans le cyberespace. On sait qu' en ce début du XXI[e] siècle, les communications via les réseaux s'expriment essentiellement par écrit, formé à partir de claviers sur lesquels les cybernautes tapent leurs messages. Or, cette vision est trop étroite et fait fi des possibles changements ou améliorations techniques. Afin de trouver des solutions efficaces, il faut se détacher de l'état actuel de la technique au risque, dans le cas contraire, que les propositions deviennent rapidement obsolètes. Pour employer une expression à la mode, la réflexion et les solutions doivent être « technologiquement neutres ».

On peut déjà utiliser des techniques pour communiquer sans délai. Mentionnons l'IRC, le Internet Chat Relay, une sorte de téléphone géant qui permet aux cybernautes de dialoguer entre eux, toujours en échangeant des messages

---

[1034] En fait, dans l'état actuel des choses, lorsque deux cybernautes sont connectés en même temps au réseau et s'échangent des messages par courrier électronique, les délais entre les échanges peuvent être réellement minimes, à peine plus long que ceux qui ponctuent certains dialogues téléphoniques.

[1035] Le raisonnement est le même avec l'échange de données sur des sites Web.

[1036] C'est peut-être dans cet esprit que Vincent Gautrais, lorsqu'il évoquait le « raccommodage juridique », reconnaissait que ceci n'était « sans doute qu'une question de transition ». (*Supra* note 18 à la p. 217).

écrits. On peut également téléphoner : « L'ordinateur multimédia remplace le téléphone et l'Internet est le lien entre les usagers »[1037].

Il existe également la visioconférence,

> technologie qui permet, depuis un micro-ordinateur, de parler avec un interlocuteur distant et de le voir en temps réel (par le biais d'une retransmission vidéo) dans une fenêtre virtuelle à l'écran. Elle permet aussi de travailler en commun sur des documents. Tout dispositif de visioconférence se compose d'une petite caméra vidéo, d'un microphone/écouteur et de cartes d'extension, pour la vidéo et la communication[1038].

Parmi les utilisations possibles de la visioconférence, citons la conférence personnelle qui peut s'avérer fort utile dans les relations commerciales. Elle est

> basée sur l'interaction personne à personne, en utilisant des PCs ou des stations de travail. De tels systèmes de visioconférence utilisent des interfaces graphiques multi-fenêtres pour permettre la visualisation du correspondant et de documents distants ainsi que la coédition de ces documents, c'est-à-dire l'édition simultanée d'un document.
>
> Dans l'environnement commercial actuel, le travail efficace des associés est essentiel, indépendamment de la distance qui les sépare. La conférence personnelle répond donc au besoin d'interaction personnelle et d'échange de documents entre correspondants distants, en permettant une interactivité à plusieurs niveaux : la visualisation de la personne à qui on parle au téléphone, en même temps qu'on travaille sur un même document[1039].

Bien sûr, la visioconférence permet presque toutes les combinaisons : conférence « point à point », comme celle que nous venons d'évoquer, conférence

---

[1037] En ligne : <http://feynman.ulaval.ca/logi/presteleconf/index.html> (consulté le 11 avril 2000).

[1038] J.Champare et Y. Tournedouet, « La visioconférence sur Internet » - 1995/1996, en ligne : <http://poseidon.artemis.jussieu.fr/visioconf/intro.html#present> (consulté le 11 avril 2000).

[1039] *Ibid*.

avec multiples interlocuteurs où tous peuvent à la fois émettre et recevoir de l'information ou bien où seul l'un d'entre eux émet des données et les autres ne peuvent que les recevoir, etc.

Afin de se prononcer efficacement sur le moment et le lieu de conclusion du contrat dans le cadre qui est le nôtre, seul importe le fait que les parties entrent en relation et communiquent par le biais des réseaux, abstraction faite de la forme, orale ou écrite, que prennent les messages échangés entre elles. En considérant le cyberespace comme un « lieu » qui « permet […] une présence virtuelle grâce à l'interactivité »[1040] et au sein duquel des contractants peuvent échanger des données sans délai, les contrats qui s'y nouent doivent être considérés comme des contrats entre personnes présentes[1041].

3. L'exécution des obligations

Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de mentionner que le contrat de vente conclu dans le cyberespace peut donner lieu à deux grands types d'exécution des obligations. Ils se différencient en fonction de la nature de l'objet de l'exécution. Par nature en effet, certains biens ne peuvent évidemment pas être livrés par voie numérique. Dans ce cas, un défaut dans l'exécution de l'obligation de délivrance, par exemple, ne posera pas de problème nouveau[1042]. De même, si l'obligation de payer

---

[1040] P. Deprez et V. Fauchoux, *supra* note 734 à la p. 112.

[1041] Il est fort intéressant de remarquer que le considérant 18 de la Directive européenne sur le commerce électronique (*supra* note 754), décrivant les activités qui font ou non partie des services de la société de l'information, parle des « activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique ». Si le texte prend soin d'utiliser ces deux expressions, c'est certainement qu'elles ne sont pas synonymes.

Sur un plan fondamental, nous partageons l'opinion des auteurs pour qui la logique juridique s'oppose à ce que le concept même de consentement diffère selon le mode de conclusion du contrat Pour une démonstration de cette logique, voir S. Gaudet et R. Kouri, *supra* note 1027.

[1042] À propos des problèmes liés au lieu d'exécution des obligations dans le cadre de l'article 5 §1 de la Convention de Bruxelles et de son pendant dans ce qui était alors le projet de Règlement européen, voir V.

le prix doit se faire par des voies traditionnelles, tout incident sera examiné et réglé selon des principes connus depuis longtemps, après application des règles de droit international privé classiques, puisque le lien territorial est évident.

En revanche, la grande innovation du cyberespace est le fait que des opérations peuvent s'effectuer partiellement ou intégralement sous forme dématérialisée, brouillant ainsi les notions de lieu et de lien territorial.

Rappelons que fondamentalement, une obligation est de toutes façons inapte à se voir attribuer une localisation spatiale. Savigny faisait remarquer que « l'obligation en soi, c'est-à-dire le rapport de droit, étant une chose incorporelle, qui n'occupe pas de place dans l'espace, nous devons chercher dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles nous rattachions la réalité invisible de l'obligation afin de lui donner corps »[1043]. Le siège de l'obligation est le lieu où elle s'accomplit car l'exécution « consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine et soumise au libre arbitre d'une personne. Or la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est précisément l'accomplissement de l'obligation ; c'est là dessus que se concentre l'attente des parties »[1044].

Comment déceler dans les opérations numérisées une « apparence visible » et où la localiser? Dans l'état actuel des choses, il ne semble pas y avoir d'autre solution que celle consistant à déterminer la localisation de façon « arbitraire », le terme pouvant être entendu dans deux sens. Selon son acception première, est arbitraire ce qui « dépend de la seule volonté »[1045]. Effectivement, les parties peuvent, par leur convention, choisir de fixer le lieu de livraison. On se souviendra, par exemple, que la C.J.C.E. a conclu que « si le lieu d'exécution d'une

---

Heuzé, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » (2000) 89 Rev. crit. D.I.P. 595 en particulier à la p. 616 et s.

[1043] M.F.C. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, 2ème éd., trad. par Guenoux, Ch., Paris, Librairie Firmin Didot, 1860 à la p. 204.

[1044] *Ibid.* aux pp. 205-206.

[1045] *Le nouveau Petit Robert*, 2000.

obligation contractuelle a été désigné par les parties par une clause valide selon le droit national applicable au contrat, le tribunal de ce lieu est compétent pour connaître des litiges relatifs à cette même obligation en vertu de l'article 5, n 1 de la Convention de Bruxelles […] »[1046]. Cependant, « on peut d'ores et déjà supposer que la plupart des contrats conclus et exécutés en ligne ne comporteront pas une telle disposition car les partenaires n'en auront pas forcément vu l'intérêt »[1047].

Par ailleurs, la détermination peut être faite en marge de la volonté des parties et c'est alors celle du législateur, par exemple, qui choisit d'assigner à un lieu la qualité de lieu d'exécution. « Le choix se réduit à un lieu d'exécution localisé soit au lieu de situation du prestataire de services soit à celui du destinataire du service »[1048].

En fait, dans le cyberespace, il n'y a pas de raisons de différencier les questions de formation de contrats, par exemple, de celles d'exécution des obligations lorsqu'elle s'effectue sous forme numérique. Dans les deux cas, en effet, il s'agit d'envoi de données sous formes de 0 et de 1. Afin de déterminer le lieu où l'obligation s'effectue, il y a donc lieu d'appliquer globalement les règles relatives au lieu de la réception des messages, dont nous venons de voir qu'elles baignent à l'heure actuelle dans un flou certain.

4. La forme du contrat

Les textes législatifs nationaux, de même que les Conventions internationales, ne définissent pas en général ce que constitue la forme d'un acte juridique. On admettra avec Paul Lagarde que « dans l'ensemble, on sait tout de

[1046] Affaire *Zelger*, *supra* note 119.

[1047] C. Kessedjian, *supra* note 942 à la p. 87.

[1048] *Ibid.*

même en gros ce qu'est la forme des actes »[1049]. Pour plus de précision, un dictionnaire en donne la définition suivante : il s'agit de la « [m]anifestation visible de la volonté dans un acte juridique […] »[1050].

On apprend habituellement que le formalisme d'un acte vise deux objets distincts, d'une part sa validité et d'autre part sa qualité probatoire. Pourtant, Jacques Flour notait :

> L'opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem*, est, dans une large mesure, artificielle. […] Aussi bien le rapprochement entre les deux groupes de règles ne se manifeste-t-il pas seulement par une ressemblance dans leurs résultats pratiques, mais par une analogie dans leur raison d'être[1051].

C'est pourquoi, dans les lignes qui suivent, nous ne nous attacherons pas principalement à faire la distinction entre les deux fonctions de la forme des contrats[1052]. La question globale sur laquelle nous nous pencherons est celle de savoir si les messages transmis dans le cyberespace répondent à l'exigence de l'écrit, quel qu'en soit le but.

4.1 Le document

Jusqu'à présent, le contrat ne pouvait revêtir que deux formes, orale ou écrite, habituellement sur support papier, comme le prévoit, par exemple, l'article 1385 C.c.Q.[1053]. Ici, contrairement à ce que nous venons d'annoncer, il faut peut-être

---

[1049] P. Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, Rapport », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1971-1973 147 à la p. 162.

[1050] H. Reid, *supra* note 512 à la p. 248.

[1051] J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, 96 aux pp. 98-99.

[1052] C'est pour cette raison que nous n'aborderons pas la question de l'originalité du document.

[1053] En fait, l'article ne parle pas expressément d'écrit mais parle de forme. Selon notre tradition juridique, forme équivaut à écrit.

faire la distinction entre validité et preuve du contrat[1054]. La première évoque la naissance des obligations qui elle, à notre avis, peut forcer à distinguer quelques subtilités en matière de forme. Les deux grandes catégories de formalisme, à cette étape, sont l'écrit et le consensualisme. Ce dernier ne signifie pas seulement que les parties aient échangé leur consentement sous forme verbale mais comprend également, dans certains cas, le comportement des parties. Si « le silence ne vaut pas acceptation[1055] », le consentement peut être « expresse ou tacite »[1056]. En revanche, une fois le contrat conclu, il ne peut exister en tant que tel que sous forme orale ou écrite.

Généralement, les textes législatifs sont silencieux sur la définition de ce que constitue un écrit. Le *Code civil du Bas-Canada* faisait exception puisque l'article 17 § 12 indiquait : « Les mots “écriture”, “écrits” et autres, ayant la même signification, comprennent ce qui est imprimé, peint, gravé, lithographié, ou autrement tracé ou copié ». Son successeur, le *Code civil du Québec*, n'a pas repris cette disposition. La disposition de l'ancien code civil s'attache plus en réalité à la production de l'écrit qu'à ses composantes. L'écrit, comme nous le connaissons, en comporte deux. Premièrement il s'agit de signes, soit un mode d'écriture, inscrits – et c'est le second aspect – sur un support[1057]. En d'autres termes, selon une vision classique des

---

Vincent Gautrais fait remarquer, à juste titre, que consensualisme ne s'oppose pas à formalisme. « Le contrat oral lui-même, souvent vu comme le moyen de communication le moins formaliste, répond pourtant à quelques critères, certes rudimentaires, de forme. Il s'agit de la capacité d'écoute de l'interlocuteur, la capacité de parole du proposant, la capacité de compréhension, d'entendement entre les personnes désireuses de s'accorder. » (*Supra* note 18 à la p. 90).

[1054] Rappelons à cette occasion que la validité des contrats est envisagée de la même façon quelles que soient les parties à une vente comme celle qui nous intéresse. En revanche, la fonction probatoire de la forme est totalement différente lorsqu'il s'agit d'un contrat de consommation et lorsqu'il s'agit d'un contrat entre professionnels. Le droit québécois et le droit français sont, à cet égard, identiques. La règle générale interdit la preuve testimoniale pour prouver un acte juridique lorsque le montant en jeu excède une certaine somme (Art. 2862 al. 1 C.c.Q, et art. 1341 C.c.f.) mais elle souffre une exception lorsque l'acte est de nature commerciale, la liberté de preuve constituant un régime moins contraignant et plus efficace (Art. 2862 al. 2 C.c.Q.; art. 109 C. com.)

[1055] Art. 1394 C.c.Q.

[1056] Art. 1398 C.c.Q.

[1057] Dans le même sens, voir Marcel Fontaine (M. Fontaine, « La preuve des actes juridiques et des techniques nouvelles » dans *La preuve*, Colloque UCL, 1987, 5, cité dans M. Demoulin, « La notion de “support durable” dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? » (2000) REDC 361 à la p. 376.)

choses, qui pense écrit voit des mots couchés sur du papier[1058]. Afin de ne pas utiliser des termes qui peuvent porter à confusion, on peut donc dire qu'un « document » est la somme de ces deux composantes.

Revenant au cyberespace et aux communications transmises en son sein, il convient donc de se demander si les codes constitués d'alignements de 0 et de 1 sont des signes et si l'informatique peut être considérée comme un support[1059]?

La jurisprudence française relative aux testaments olographes permet indirectement de saisir la notion d'écrit. Elle traite des deux composantes que nous évoquons : les signes, qui, dans son esprit, ne peuvent être que des lettres, en admettant divers types d'écriture et les instruments avec lesquels elle peut être tracée (voir, par exemple Cass. civ., 22 novembre 1966, Bull.civ. I, n° 519; Poitiers, 24 janvier 1916, DP 1920.2.135) et les supports, dont les types peuvent être très divers, comme le prouve une affaire où ont été admis à ce titre le dessus et le côté d'une machine à laver (Nancy, 26 juin 1986, J.C.P. ed. N 1987 (note Venandet)).

[1058] Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur la prééminence du papier, en particulier en droit français et spécialement dans le champ de la preuve, où celle par écrit a supplanté le témoignage oral depuis l'ordonnance de Moulin en 1566. En 1998, Vincent Gautrais soulignait à ce chapitre l'originalité du *Code civil du Québec* où en matière probatoire, « la notion d'écrit [avait] pratiquement disparu » (*supra* note 18 à la p. 136) et ce donc, même avant l'adoption de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755.

[1059] Ces caractéristiques, liées à la dématérialisation, sont si novatrices pour le droit que c'est dans le domaine de la forme et de la preuve des documents numérisés que les législateurs ont réagi le plus rapidement. Voir, entre autres, la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, *supra* note 758; les Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques et guide pour leur incorporation, *supra* note 758; la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755; la *Directive sur le commerce électronique*, *supra* note 754; la Directive européenne sur les signatures électroniques, *supra* note 758. Pour des exemples en dehors des ordres juridiques sur lesquels se fonde cette étude, voir la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, *supra* note 758, le *Uniform Computer Information Transactions Act*, *supra* note 758 et le *Uniform Electronic Transactions Act*, *supra* note 758.

En outre, depuis le début des communications « électroniques », puis de l'ère informatique, la compatibilité entre support et exigences légales en matière de preuve a fait l'objet de très nombreux écrits doctrinaux. Voir notamment B. Amory et Y. Poullet, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique », (1985) 2 *Revue Internationale de droit comparé* 331; M. Antoine, M. Éloi et J.-F. Brankeland, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Namur, Story-Scientia, 1991; F. Gallouédec-Genys, dir., *Une société sans papier? Nouvelles technologies et droit de la preuve*, Paris, La documentation française, 1990; K. Kotch, « Addressing the Legal Problems of International Electronic Data Interchange : the Use of Computer Records as Evidence in Different Legal Systems » (1992) 6-2 *Temple International and Comparative Law Journal* 451; P. Trudel, G. Lefebvre et S. Parisien, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993; V. Gautrais, « Preuve et formalisme des contrats électroniques: l'exemple québécois », 1999, en ligne : <http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm> (consulté le 13 avril 2000).

La plupart des titres des textes législatifs mentionnés ci-dessus nous poussent ici à faire une remarque. Plusieurs intitulés comportent l'expression « commerce électronique ». Littéralement traduite de l'anglais « *electronic commerce* », elle est ambiguë. Loin d'indiquer une quelconque limitation du champ d'application de l'instrument aux relations d'affaires, elle fait référence « […] à une acception du terme commerce, qui recouvre toutes catégories de relations et d'échanges. Cette acception […] présente surtout le risque d'entretenir la confusion (y compris chez les auteurs de la loi-type) lorsqu'elle est employée par une organisation internationale dont la spécialité est le « droit commercial » au sens « mercantile » du terme. (É. Caprioli et R. Sorieul, *supra* note 18 à la p. 370).

Olivier Cachard consacre plusieurs pages à « [l]'imprécision de la notion de commerce électronique » pour finalement conclure que « [l]'extension donnée au commerce électronique est si vaste qu'elle se détache même

À la première question, on doit sans doute répondre affirmativement. L'histoire de l'humanité prouve que les signes grâce auxquels les hommes transmettent ou gravent leur pensée évoluent. Même s'ils ne sont plus utilisés, personne ne nie que les hiéroglyphes ou les runes soient une forme d'écriture. Les données numériques, composées de symboles mathématiques, entrent dans la même catégorie.

Quant au support, il faut examiner quelles qualités le papier offre pour que le droit lui ait reconnu de telles vertus. Si l'informatique présente des caractéristiques identiques, elle devrait sans difficulté se voir reconnaître la même valeur que le papier. Actuellement, ces comparaisons entre papier et autre support ainsi que celles liées à l'écrit s'énoncent en termes d'équivalence fonctionnelle[1060]. La méthode de l'équivalence fonctionnelle constitue une solution médiane entre deux points de vue opposés. D'un côté, la tentation pouvait être forte d' « éliminer toute référence à des concepts aussi chargés d'histoire que, entre autres, l'écrit, le document, la signature, l'original, la copie, pour imaginer directement des règles juridiques »[1061] propres à l'environnement électronique, ce qui aurait eu l'avantage d'éviter « la

---

d'une acception compréhensive de la commercialité. » (*Supra* note 685 aux pp. 13-16). Pour parvenir à cette conclusion, n'aurait-il pas été plus simple de se souvenir que le terme « commerce » désigne également les relations entre les hommes, au sens où Molière parlait du « commerce des hommes » et où Portalis évoquait « le commerce ordinaire de la vie »? Pour éviter de tels tracas et couper court à toute ambiguïté, il aurait été certainement approprié de trouver un titre plus parlant et plus descriptif de l'objectif de la loi ou du texte, comme l'a fait le législateur québécois.

[1060] Entre autres : « Ce projet de loi a pour objet d'assurer notamment la sécurité juridique des communications effectuées au moyen de documents, l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels qu'en soient les supports, ainsi que l'interchangeabilité de ces derniers. » (Notes explicatives accompagnant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755); « La Loi type propose donc une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation "approche fondée sur l'équivalent fonctionnel", qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique. » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, *supra* note 758).

À en croire les travaux les plus récents du groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique, il semble maintenant qu'il faille parler d' « équivalence multifonctionnelle ». (CNUDCI, Groupe de travail sur le commerce électronique, « Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques », 30 janvier 2001, A/CN.9/WG.IV/WP.88, § 8, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_ec/wp-88f.pdf> consulté le 20 mars 2000).

[1061] É. Caprioli et R. Sorieul, *supra* note 18 à la p. 380.

pollution de l'univers du commerce électronique par des concepts nés en-dehors de lui et dans lesquels il serait illusoire de prétendre le confiner »[1062]. Par ailleurs,

> une autre orientation consistait […] à utiliser les concepts élaborés dans l'univers du papier, avec foi dans l'aptitude éprouvée des taxinomies juridiques à réduire le monde, sensible ou non, matériel ou « virtuel », à un ensemble de catégories, que l'on savait rendre aussi fictives, diversifiées et flexibles que nécessaires pour assurer la stabilité des relations juridiques[1063] .

Le Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique décrit ainsi les principales fonctions du document papier : « fournir un document lisible par tous; fournir un document inaltérable; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; enfin, assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux »[1064]. Faisant abstraction de la question du support lui-même, la loi a traduit cette équivalence par l'article 6 §1 qui décrit la notion d'écrit: « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement »[1065]. À notre avis, cette définition de l'écrit est très contestable dans la mesure où, en plus d'être assez vague, elle repose sur des fondements contestables. En effet, elle n'attribue qu'une qualité à l'écrit, celle de pouvoir être consulté

[1062] *Ibid.*

[1063] *Ibid.* à la p. 381.

[1064] *Supra* note 758 au § 15.

En ce qui a trait à l'inaltérabilité, à l'intégrité, il faut se garder d'exagérer les avantages des documents papiers et de redouter les faiblesses de l'informatique. Au contraire d'une croyance répandue, « dans l'univers électronique, la sécurité quant aux garanties d'intégrité ou d'identification sont bien supérieures à celles qui existent avec le papier falsifiable par définition ». (É. Caprioli, « Le juge et la preuve électronique », *Juriscom.net*, 10 janvier 2000, en ligne : <http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article7.htm> consulté le 4 mai 2000). Rappelons par exemple que toutes les opérations informatisées s'inscrivent sur le disque dur de l'ordinateur et laissent ainsi une trace indélébile, même si Pierre Breese estime : « La fidélité est une vertu contestée au document électronique, la possibilité d'altérer les contenus étant importante ». (*Supra* note 749 à la p. 305.) De plus, « l'inaltérabilité de l'écrit papier est loin d'être absolu, contrairement à une croyance largement répandue ». (M. Demoulin, *supra* note 1057 à la p. 370.)

[1065] Nous avons déjà mentionné la disposition absolument identique du projet de Convention de La Haye (Voir ci-dessus à la p. 68.)

ultérieurement. Or il nous semble que le lien entre écriture et consultation est faux. Si un document est écrit, qu'il soit consulté ou non, ne change rien. En d'autres termes, le fait d'être consulté ou non ne prouve pas la présence ou l'absence d'écriture.

Dans la foulée de la Directive européenne sur la signature électronique et de ce qui était encore une proposition de directive sur le commerce électronique[1066], la France a adopté le 13 mars 2000 une loi modifiant les règles de preuve pour tenir compte des « technologies de l'information »[1067]. Son article 1316 définit indirectement la notion de document, avec les deux composantes dont nous avons fait mention précédemment : « La preuve littérale ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalité de transmission ». Le document sous forme électronique sera admis en preuve, sur un pied d'égalité avec un document papier, à deux conditions : « que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »[1068]. Évidemment, l'exigence de

---

[1066] Dont le premier paragraphe de l'article 9 prévoyait, au chapitre du traitement des contrats par voie électronique : « Les États membres veillent à ce que leur législation rende possibles les contrats par voie électronique. Les États membres s'assurent, notamment, que le régime juridique applicable au processus contractuel n'empêche pas l'utilisation effective des contrats par voie électronique ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique. » (*Supra* note 972, art. 11 §1 a)). Le texte adopté reprend exactement la même disposition (*Directive sur le commerce électronique*, art. 9 §1, *supra* note 754).

[1067] *Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique*, *supra* note 758. Comme son titre l'indique, ce texte vise uniquement la preuve du document. La fonction *ad validitatem* de la forme a semble-t-il été « énergiquement écartée par le garde des sceaux lors des discussions et du vote du projet » (S. Azzabi, « Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 », *Signelec.com*, 16 mars 2000, en ligne : <http://www.signelec.com/content/se/articles/sofian_azzabi_nouveau_regime_probatoire_francais.html> consulté le 17 mars 2002).

En revanche, toujours dans le cadre de la transposition de la *Directive sur le commerce électronique*, la France s'apprête à adopter une « Loi sur la société de l'information » dont l'article 23 vise à ajouter un chapitre au Code civil, portant sur les « contrats ou obligations sous forme électronique ». L'article 1369-1 admet clairement la validité de la forme électronique : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir que la mention ne peut émaner que de lui-même. » (Projet de loi sur la société de l'information, *supra* note 758).

[1068] *Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique*, *supra* note 758, art. 1316-1.

l'intégrité vise à établir que le document n'a pas été altéré[1069]. Ces deux conditions ne constituent pas réellement une nouveauté puisqu'elles correspondent à celles émises par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de télécopie[1070].

Le Québec a légiféré récemment en matière de « technologies de l'information ». Adoptant la vision que nous avons présentée ci-dessus selon laquelle un écrit est en fait un document constitué de signes sur un support, la loi le définit en annonçant d'emblée son choix pour la neutralité technique :

> Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcriptibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles[1071].

On constate que cette définition rejoint aussi bien un écrit composé de lettres inscrites sur du papier qu'un courrier électronique ou une mélodie transmise par voie cyberspatiale. D'ailleurs, sauf lorsque cela est strictement nécessaire, les termes utilisés dans la loi ne permettent pas de faire de différence entre support papier et autre forme ou nature de support.

Le texte québécois est prêt à reconnaître autant une valeur *ad validitatem* qu'une fonction *ad probationem* au document électronique au même titre qu'au document papier : « La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni

---

[1069] On peut d'ailleurs se demander quel est l'élément du document dont l'intégrité doit être garantie. S'agit-il du message qu'il contient ou du support? Ou des deux?

[1070] Cass. com, 2 décembre 1997, JCP 1998.II.10097 (note Luce Grynbau, Pierre Catala et Pierre Yves Gautier), Bull n° 315, N° 95-14-251, en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/3819.html> (consulté le 17 mars 2002).

[1071] *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *supra* note 755 art. 3.

diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi »[1072].

Nous remarquons deux différences avec le texte français. En premier lieu, c'est la seule capacité d'intégrité du document qui lui donne une valeur juridique. À cette occasion, soulignons que le texte québécois ne suscite pas les questions soulevées par le texte français en matière d'intégrité. L'exigence concerne autant le contenant que le contenu : « L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. […] »[1073].

En outre, la loi québécoise réserve une place, au chapitre de la preuve, aux documents, quel qu'en soit le support, dont l'intégrité est douteuse. Ils ne seront pas exclus mais ne seront pas considérés comme des équivalents à des documents sur support papier : « Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil »[1074]. En d'autres termes, les données volatiles sont traitées comme des paroles.

Nous venons de présenter la façon dont certains législateurs ont réagi à la nouveauté technique en élaborant des textes visant à modifier ou compléter les législations existantes pour en tenir compte. On peut se demander comment certains textes, n'ayant pas fait l'objet de modifications pareilles, seront interprétés. Ainsi, au plan international, on sait que la Convention de New York impose, par son article II, que la clause d'arbitrage soit sous forme écrite. En outre, l'article IV §1 *b*) oblige, en

---

[1072] *Ibid.* art. 5.

[1073] *Ibid.* art. 6.

[1074] *Ibid.* art. 5 al. 3. L'article 2865 C.c.Q. indique : « Le commencement de preuve peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué ».

cas de demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence arbitrale, à produire l'original de la convention d'arbitrage. La clause d'arbitrage conclue dans le cyberespace, qu'elle vise un arbitrage traditionnel ou un arbitrage en ligne, répond-elle à ces exigences ? Le libellé même de l'article II donne des indications sur la réponse qui, à notre avis, doit être affirmative. En effet, en prévoyant que la clause d'arbitrage puisse être contenue dans un échange de lettres ou de télégrammes, les rédacteurs ont envisagé les moyens techniques les plus fréquents à l'époque. « De ce fait, du point de vue conceptuel, l'article II(2) de la Convention de New York est prêt à reconnaître l'usage des derniers progrès technologiques pour exprimer le consentement des parties »[1075]. Observant que la Convention de New York prend « en compte les nécessités de la pratique légale » et reprenant l'expression maintenant connue, un autre auteur abonde dans le même sens : « […] les moyens électroniques comme la communication par e-mail ou par site Web interposé pourraient tout a fait être considérés comme les équivalents fonctionnels modernes du télégramme traditionnel »[1076].

De plus, comme nous en avons déjà fait mention[1077], l'article VII de la Convention pourrait intervenir afin de permettre d'interpréter la notion d'écrit de l'article II à la lumière d'un droit national plus favorable, qui admet, par exemple, l'équivalence entre documents sur support papier et données informatisées.

4.2 La signature

Pour terminer sur la question de la forme du contrat, on ne peut manquer d'évoquer brièvement celle liée à la signature. En premier lieu, il faut s'étonner de ce que la signature semble parfois avoir été un sujet de préoccupation antérieur à celui

---

[1075] A. Moncayo von Hase, « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux » Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Moncayo_vf.pdf> (consulté le 17 mars 2002).

[1076] M. Schellekens, « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique » dans *ibid.*, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Schellekens_vf.pdf> (consulté le 14 juin 2002).

[1077] Voir ci-dessus à la note 329.

concernant les documents électroniques[1078]. On peut aussi trouver étrange que la signature numérisée puisse faire l'objet de réflexions isolées. La signature présenterait-elle un intérêt en elle-même, indépendamment du document sur lequel elle est apposée? Peut-être certains ont-ils pensé que de régler la question de la signature allait résoudre la question plus générale du support informatisé.

Nous doutons qu'il fût nécessaire d'élaborer des textes de l'ampleur qu'ils ont pour la plupart. En effet, il aurait suffi, comme cela a été fait pour la notion de document ou d'écrit, de vérifier en premier lieu les objectifs légaux de la signature pour ensuite énoncer que tout procédé technique qui permet de satisfaire ces objectifs était admissible[1079]. C'est certainement ce point de vue qu'adoptent, au sein de la CNUDCI, certains membres du Groupe de travail sur le commerce électronique qui participent à l'élaboration de règles relatives aux signatures électroniques, selon qui « la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation des signatures électroniques avaient déjà été résolues dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique »[1080].

L'article 7 de la Loi type prévoit :

> 1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

[1078] La Directive européenne sur la signature électronique date de décembre 1999 alors que celle sur le commerce électronique date de juillet 2000. Souvenons-nous également du *Utah Digital Signature Act* (*supra* note 758), entré en vigueur le 1[er] mai 1995, premier texte législatif jamais adopté dans le domaine et rapidement devenu obsolète.

[1079] Le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a identifié les fonctions « traditionnellement remplies par les signatures manuscrites: identification d'une personne; certitude quant à la participation en personne de l'intéressé dans l'acte de signature; association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté qu'en outre la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé; de l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte (montrant ainsi qu'elle a conscience du fait que l'acte de signature peut avoir éventuellement des conséquences juridiques); de l'intention d'une personne de s'associer au contenu d'un document rédigé par quelqu'un d'autre; du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné. » (CNUDCI, Projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques, *supra* note 1060 au § 27).

[1080] CNUDCI, Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 18-29 septembre 2000), A/CN.9/483, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-34/483.pdf> consulté le 27 novembre 2000).

> a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et
>
> b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.
>
> 2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.
>
> […]

Les termes utilisés dans cet article, comme dans l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques[1081] , semblent faire référence à la fonction *ad validitatem* de la signature. Il a été observé que « [d]ans la mesure où la plupart des pays avaient dans leur législation très peu de prescriptions de ce type applicables aux documents utilisés dans les transactions commerciales, le champ d'application de la nouvelle Loi type était très étroit »[1082]. Le groupe de travail réfute l'argument en expliquant que « la plupart des documents utilisés dans le contexte de transactions commerciales devraient probablement, dans la pratique, satisfaire aux exigences du droit de la preuve concernant la preuve écrite »[1083].

Le guide élaboré en 2001 pour accompagner la loi type sur les signatures électroniques prévient:

> La Loi type a été rédigée en partant du principe qu'elle devrait découler directement de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et être considérée comme un moyen de

---

[1081] « Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne ». (*Supra* note 758).

[1082] CNUDCI, *supra* note 1060 au § 68.

[1083] *Ibid.* Cette explication renforce l'idée que la signature n'est pas un sujet de réflexion ni même de législation à part.

> donner des renseignements détaillés sur la notion de "méthode fiable" utilisée pour identifier "une personne" et pour indiquer "qu'elle approuve l'information" contenue dans le message de données[1084].

À notre avis, les « renseignements détaillés » relèvent davantage des modalités administratives et techniques que de la norme juridique. Au demeurant, ces textes traitent principalement des « conditions d'apposition d'une signature électronique avancée ou sécurisée »[1085] mettant en jeu l'intervention d'un tiers « certificateur ». Par conséquent, ces conditions ne concernent que de situations facultatives et le principe fondamental, soit « l'égalité de traitement des techniques de signatures », n'est habituellement exprimé que très brièvement parmi toutes les autres dispositions[1086].

5. Synthèse

Si le contrat cyberspatial vise, comme son homologue traditionnel, à unir des parties en vue d'une réalisation commune, il pose un certain nombre de problèmes qui lui sont propres et qui, il ne faut pas s'en étonner, sont liés aux caractéristiques de la technique.

En premier lieu, sa définition même prête à discussion. Nous avons choisi de ne considérer que les contrats qui prennent naissance dans le cyberespace car c'est à ce premier stade de la relation juridique que se révèle d'emblée la nouveauté. Les contrats conclus traditionnellement, quels que soient les défis posés par le mode d'exécution de certaines obligations, ne sont intéressants qu'à ce chapitre. L'essence

---

[1084] *Ibid.* au § 63.

[1085] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 147.

[1086] Par exemple, voir l'article 5 §2 de la Directive européenne sur les signatures électroniques et l'article 3 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (*supra* note 758) ainsi que l'article 39 de la loi québécoise (*supra* note 755).

même du contrat ne nous semble pas, dans ces cas-là, nécessiter une réflexion globale.

Partant donc de la formation du contrat cyberspatial, nous avons constaté que les conditions de fond ne posent pas de difficultés insurmontables. Seuls la capacité et le consentement semblent, à première vue, dérouter. Cependant, en ce qui concerne la première, elle n'oblige pas le juriste à revoir les règles connues. Tout au plus force-t-elle peut-être les contractants à adopter des attitudes, voire des habitudes différentes pour éviter, plus globalement, tous les « risques liés aux difficultés d'identification des interlocuteurs »[1087]. La notion de consentement ne semble pas non plus obliger à des remises en question fondamentales[1088]. Toutefois son expression, sous forme numérique, peut présenter, plus fréquemment que selon le mode traditionnel, des risques d'erreurs. Actuellement, la manipulation de la souris ou du clavier peut entraîner à transmettre son consentement par inadvertance. Pour parer à de telles difficultés, on doit prévoir un certain formalisme, soit le respect d'une succession de manœuvres ou gestes, un peu à la façon de ceux imposés par le droit romain. Contrairement aux contrats classiques, l'expression du consentement doit se faire en étapes successives, progressivement, par la saisie de plusieurs données[1089].

[1087] M. Fontaine, « Avant-propos » dans M. Fontaine, *supra* note 966 13 à la p. 15.

[1088] Nous sommes bien consciente que, même dans le monde traditionnel, le contrat se présente souvent « comme le fruit de longs pourparlers et d'échanges denses entre les parties » (C. Delforge, *supra* note 966 à la p. 450) au sein desquels il est souvent difficile de pointer précisément ce qu'est l'offre et ce qu'est l'acceptation et donc d'établir quand a lieu « la réunion des deux consentements ». (*Ibid*.). La même ambiguïté peut exister dans le cyberespace. De plus en plus, on en vient à se demander si le contrat pourrait se former autrement et l'on pourrait « [a]dmettre alors que l'existence du contrat puisse être déduite du comportement des parties, sans nécessairement imposer le détour par les notions classiques […] ». (*Ibid.* à la p. 455). D'ailleurs, les Principes européens ont évacué les termes « offre » et « acceptation ». À notre avis, une éventuelle disparition des deux éléments à la base du contrat ne dispenserait toutefois pas les parties de « consentir », d'exprimer, même par leur comportement, la volonté de s'engager dans un but commun. En outre, on pourrait privilégier la théorie de la *punctation*, connue en droit germanique, en vertu de laquelle, la naissance du lien contractuel n'a pas lieu en une seule fois, par l'expression, à une seule occasion, du consentement. Au contraire, le contrat est la résultante de diverses ententes, intervenues les unes après les autres, et qui chacune a fait l'objet « d'un consentement réciproque ». (*Ibid.* à la p. 473). En fait, une théorie *proche* de la punctation serait plus adaptée au contrat cyberspatial puisque, au contraire de celle-là, dans ce cas-ci, le « contenu obligationnel du contrat n'évolue […] pas, en principe, dans le laps de temps séparant les deux clics finaux. » (M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 973 à la p. 770)

[1089] Par exemple, le client peut devoir confirmer sa volonté d'acheter tel produit, ensuite, confirmer le prix, puis indiquer la façon dont il paye.

Cette « découpe temporelle des étapes du consentement » constitue d'ailleurs, aux yeux d'Yves Poullet, la « particularité de la transaction électronique »[1090].

En matière de formation des contrats, on doit souligner l'ampleur prise par les contrats d'adhésion. Même si la technique n'empêche pas la conclusion de contrats de gré à gré par le biais du courrier électronique, elle favorise nettement la conclusion de conventions toutes prêtes où le client n'a qu'à cliquer sur l'un de ses termes pour en accepter le contenu et où le seul choix de l'acceptant est précisément de cliquer ou non[1091]. Force est de constater que si « [l]es contrats d'adhésion ont connu depuis un siècle une extraordinaire croissance »[1092], le cyberespace, par ses caractéristiques techniques ne peut que contribuer à l'exacerber[1093].

Toujours en termes d'ampleur, soulignons que les contrats d'adhésion ne touchent pas uniquement les simples individus mais régissent maintenant de nombreuses relations entre professionnels. Or la plupart des auteurs de doctrine semblent faire fi de cette réalité. En effet, se situant dans le cadre traditionnel, ils scindent encore les relations contractuelles en deux grands champs, le contrat entre commerçants et les contrats de consommation. Lorsque le contrat d'adhésion est abordé et que des solutions sont proposées, le débat est situé dans le cadre du contrat de consommation[1094]. Comme nous le démontrerons dans la prochaine partie, cette position est inefficace et ne peut aboutir à des résultats satisfaisants.

[1090] Y. Poullet, *supra* note 974.

[1091] Cela renvoie au débat sur l'existence et la qualité du consentement de l'adhérent, que nous n'abordons pas dans ce travail, de même que sur la nature même de ce type « contrat » qui, pour les tenants de la thèse anticontractualiste, n'en aurait que le nom.

[1092] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 66.

[1093] Le juriste et physicien Pierre Breese s'autorise une « provocation ». Alors que comme chacun, il constate l'adéquation entre cyberespace et contrats d'adhésion, il envisage qu'un jour ou l'autre l'adhérent ne soit plus celui que l'on pense. En effet, le cyberespace offre au consommateur une possibilité de comparaisons et de cueillette d'informations sans précédent. Ainsi, il devient plus puissant face aux commerçants. Par conséquent, « [u]ne “nouvelle donne” ne serait-elle pas en train de naître? En forçant le trait dans certaines situations, ce sera le consommateur qui fixera les termes et conditions du contrat d'adhésion, qu'il proposera aux entreprises, et si l'on suit cette logique, c'est le professionnel qui serait victime de clauses abusives stipulées par un abus de puissance économique du consommateur. » (*Supra* note 749 à la p. 185).

[1094] Voir notamment, par exemple, L. Thoumyre, *supra* note 879.

Ce qui constitue à notre avis la plus grande nouveauté, en raison de la dématérialisation des données, et par conséquent un sujet de réflexion très fertile est la question de la localisation de la naissance du contrat. On connaît l'importance, à des titres divers, de la détermination du moment et du lieu de conclusion du contrat. Le cyberespace, dans ce domaine, remet réellement en question nos repères habituels – osons dire ceux auxquels nous sommes attachés – en particulier ceux liés aux problèmes de localisation spatiale, fondés sur des découpages géographiques et terrestres inadéquats et peu pertinents dans le monde virtuel. L'admission d'une localisation cyberspatiale, si elle peut paraître osée, n'en est pas moins utile. La concordance de lieu et de temps amène, entre autres, à rejeter la qualification de contrats entre non-présents, considérée à juste titre par deux auteurs comme « d'un autre âge »[1095]. Même si certains suggèrent que les contrats cyberspatiaux, de ce point de vue, devraient être « traités comme une catégorie distincte »[1096] ou qu'ils « relèvent d'une catégorie intermédiaire et inédite, sorte de contrats "quasi entre présents" »[1097], cela nous semble inutile.

Quant aux exécutions des obligations, seules nous intéressent celles qui s'effectuent sous forme dématérialisée. Nous avons déterminé qu'en réalité, elles ne constituent qu'un échange de données numériques, au même titre qu'un envoi de document préalable à un contrat, par exemple, les unes et les autres étant constituées de combinaisons de 0 et de 1.

Par essence, la forme des contrats est sans contredit à mettre au titre des nouveautés et doit surtout être évaluée dans sa fonction probatoire. Nous avons constaté que c'est dans ce domaine que les législateurs ont réagi le plus rapidement, en adoptant le principe de l'équivalent fonctionnel.

[1095] M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 973 à la p. 785.

[1096] L. Elias et J. Gérard, *La formation des contrats par échange de données informatisées – Programme TEDIS*, Namur, CRID, 1991 à la p. 35 dans V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 215.

[1097] M. Demoulin et É. Montero, *supra* note 973 à la p. 786.

Conclusion du chapitre II

Les législateurs opposent, dans certaines situations, le commerce entre professionnels et celui qui les lient aux consommateurs. Reprenant cette distinction pour les fins de la présentation, nous avons constaté que la vente B-to-C, bien qu'elle semble attrayante pour tous, autant les commerçants que les consommateurs, est peu florissante. Au chapitre des explications, on doit noter que les uns et les autres sont mal armés face à la nouveauté que présente le monde virtuel. Les premiers en redoutent – injustement – l'insécurité au moment du paiement alors que les seconds ne se sont pas toujours adaptés sur tous les plans à la demande.

En revanche, le commerce entre entreprises, le B-to-B, est florissant. Il faut dire que les nouvelles techniques répondent particulièrement bien aux besoins des commerçants. En particulier la rapidité des échanges ainsi que la diminution des coûts de gestion des stocks, par exemple, ne peuvent que leur convenir. Non seulement la technique numérique améliore l'efficacité du commerce mais en outre, elle permet et induit la création de nouvelles formes de commercialisation interentreprises. Ainsi, on voit des regroupements se constituer autour d'un projet commun, formant des « entreprises virtuelles » dont la souplesse n'a rien à voir avec les structures traditionnelles.

Étant donné le nombre de personnes impliquées dans le commerce électronique, qu'il s'agisse, malgré tout, du commerce de consommation ou du commerce entre professionnels, l'activité contractuelle augmente considérablement et elle se transforme. Les parties nouent des relations par un procédé que le droit ignorait jusqu'à récemment en concluant des contrats sans support ni localisation précise. Même si certains rangent dans cette catégorie les contrats conclus de façon classique mais exécutés « en ligne », à notre avis, fondamentalement, ils n'en font pas totalement partie. L'exécution des obligations présupposant l'existence d'une relation contractuelle, il faut s'assurer avant toute chose que celle-ci existe. Or l'une des nouveautés majeures réside dès la naissance du contrat, dans le mode de

conclusion qui n'est à proprement parler ni oral ni écrit. C'est pourquoi nous avons examiné les principaux problèmes juridiques posés par le contrat cyberspatial depuis sa naissance jusqu'à l'exécution des obligations, qui, bien sûr, lorsqu'elle est virtuelle, présente également des défis pour le droit.

Il ressort principalement de cet examen que parmi les éléments envisagés, certains nécessitent indiscutablement une réflexion car ils semblent mal s'accommoder des nouvelles technologies. Il en va ainsi de deux des conditions de fond de la formation du contrat, la capacité et le consentement. Cependant, on a pu voir que les difficultés qu'ils soulèvent se résolvent assez facilement.

En revanche, la notion de lieu perturbe le plus, à notre point de vue, les références auxquelles nous sommes habitués. Or le droit international privé ne peut se passer de localiser. Il en va ainsi en matière de formation du contrat. Même si son « lieu de naissance » est moins utilisé qu'autrefois comme facteur de rattachement, il a encore son importance, notamment en matière de loi applicable à la forme des actes juridiques[1098] et pour déterminer celle régissant la vente lorsque les parties se sont abstenues d'en désigner une[1099]. Il est aussi parfois nécessaire de déterminer le lieu d'exécution des obligations. En outre, dans le cadre de contrats entre non-présents, le droit a élaboré des théories pour déterminer le lieu où s'effectue la rencontre des consentements. Encore faut-il pouvoir établir à quoi il correspond concrètement. Chercher à faire un lien en matière de localisation entre cyberespace et zone terrestre est périlleux, voire impossible.

Nous avons profité de ces développements pour nous pencher sur la proposition énoncée ainsi par Catherine Kessedjian : « […] Internet fait immanquablement penser à la conclusion d'opérations juridiques entre absents, c'est-à-dire sans que les protagonistes soient physiquement présents lorsqu'ils

---

[1098] Art. 3109 C.c.Q. et art. 9 §1 Convention de Rome.

[1099] Art. 3114 C.c.Q. et art. 3 Convention de La Haye de 1955. Même si elle n'est pas entrée en vigueur, mentionnons également la Convention de La Haye de 1986 et son article 8 § 2 *a*).

contractent »[1100]. Même si cela peut « faire penser », nous ne pouvions nous contenter d'une suggestion, une vérification s'imposait. Nous avons pu conclure que les contrats entre cybernautes ne relèvent pas de la catégorie des contrats entre non-présents. La « présence » correspond à la situation où les protagonistes partagent un même espace dans lequel leurs échanges, leur « conversation » s'effectuent sans délai. Tel est le cas du cyberespace.

Au titre des innovations que le droit ignorait et qui le confrontent, nous avons rappelé les difficultés liées au fait que les échanges contractuels ne s'effectuent pas, dans le cyberespace, sous forme de documents sur support papier. Les législateurs ont réagi sans délai, principalement dans le registre probatoire, de façon à attribuer aux documents sous forme numérique un équivalent fonctionnel aux documents traditionnels.

[1100] C. Kessedjian, « Rapport de synthèse » dans K. Boele-Woelki et C. Kessedjian, dir., *supra* note 800 143 à la p. 145. Nombreux sont les auteurs qui déclarent comme une évidence, sans grande démonstration, que le contrat cyberspatial entre dans la catégorie des contrats entre non-présents. (L. Bochurberg, *supra* note 713; M. Demoulin, *supra* note 1057; V. Sédallian, *supra* note 765; P. Trudel *et al.*, *supra* note 17.)

Conclusion de la partie 2

À côté des contrats traditionnels, la vente peut maintenant s'effectuer dans un environnement numérique. Afin de chercher à saisir les impacts qu'il peut avoir sur les opérations contractuelles, nous avons choisi en premier lieu d'essayer de le comprendre, du moins d'en déchiffrer le fonctionnement et les particularités. Il était bien sûr hors de propos de décrire en détail toutes les caractéristiques ni de passer en revue tous les services. Nous avons retenu principalement ce qui nous paraît le plus lié avec le commerce électronique. Parmi ces caractéristiques, nous pensons que l'ubiquité et la délocalisation des activités ainsi que l'absence de matérialisation des données constituent de réelles nouveautés. Jusqu'à peu, on ne connaissait que la tradition orale ou écrite qui permettait de transmettre des mots. Or maintenant, les humains communiquent sous forme de chiffres, des 0 et des 1, contenus sur des supports électro-magnétiques.

Au delà d'une simple présentation, nous avons cherché à déterminer la nature du monde virtuel. En effet, la question est très controversée. Certains n'y voient qu'un moyen de communication, certes nouveau, mais qui permet uniquement aux hommes de s'échanger des informations, des données, etc. Pour d'autres, il s'agit d'un espace en soi, détaché des repères terrestres. Après rappel des arguments des uns et des autres, nous en sommes venue à la conclusion qu'aucun des deux partis n'avait complètement tort ni complètement raison. Avec l'aide de quelques philosophes, notamment, nous nous sommes efforcée de cerner le concept d'espace dont nous avons constaté qu'il pouvait fort bien s'appliquer au monde virtuel dans la mesure où les êtres humains le fréquentent pour s'y retrouver, y nouer des relations même si – ou d'autant plus que – tout cela se passe entièrement selon un mode virtuel. Et cet espace, un espace-étendue, est assorti de moyens de communication, au sens de « moyen de transport », ne serait-ce que pour y pénétrer ou se rendre auprès des autres occupants afin d'y pour partager des informations, d'y établir des dialogues ou de conclure des affaires.

Ce qui nous intéresse au premier chef dans cet environnement, ce sont les opérations commerciales qui s'y déroulent en grand nombre. En effet, le commerce a rapidement adopté le monde numérique pour mener à bien ses affaires, quelle que soit la qualité des clients, consommateurs ou commerçants. D'ailleurs, les offres sont souvent faites indistinctement aux uns et aux autres, grâce au réseau ouvert qu'est le Web, atténuant ainsi en pratique la distinction traditionnelle entre commerce interentreprises et commerce de consommation. Nous l'avons quand même respectée afin de présenter les spécificités de l'un et de l'autre.

Les principaux enseignements que l'on en tire sont les suivants. En premier lieu un constat : la vente à la consommation ne se porte pas bien, le consommateur souffrant d'insécurité principalement en ce qui a trait aux moyens de paiement. Quant au commerce entre professionnels, il est florissant et donne lieu à de nouveaux modèles de commercialisation. Sur le plan juridique, cela se traduit notamment par une augmentation de liens entre partenaires de même qu'un caractère relativement éphémère de ces liens.

Dans le cyberespace, la vente reste fondamentalement ce qu'elle est, soit « donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose »[1101]. Nous devions vérifier si le contrat de vente cyberspatial correspondait aux exigences juridiques : « Le contrat, pour être valable aux yeux de la loi civile, doit remplir un certain nombre de conditions essentielles tant au point de vue du fond qu'au point de vue de la forme »[1102]. En d'autres termes, la technique numérique imprime-t-elle à l'institution contractuelle des innovations que le droit ignore ou qu'il est incapable d'appréhender?

En ce qui concerne les conditions de fond, deux seulement risquent d'être affectées à des titres divers. La capacité, « l'aptitude décrétée par la loi à s'obliger à

[1101] J. Carbonnier, *supra* note 22 à la p. 317.

[1102] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 176.

un acte juridique »[1103], est par nature indépendante de la technique utilisée pour contracter. Cette condition est « objective » puisqu'elle ne relève pas des parties, elles n'ont aucun rôle à jouer dans son existence même. Dans le cyberespace, seule est peut-être problématique la connaissance qu'en a le cocontractant. Toutefois, on a vu que, sauf en termes d'ampleur, la situation n'est pas étrangère au droit et que des solutions concrètes s'avèrent efficaces pour ne pas mettre le contrat en péril.

Le consentement pose plus de problèmes[1104]. La nouveauté réside dans la façon de l'exprimer plus que dans son existence même[1105]. Évidemment, les deux facettes ne sont pas indépendantes dans la mesure où il y a un risque que l'on n'exprime pas réellement ce que l'on veut. À notre avis, ceci relève des faits et de la preuve plus que de la théorie juridique. Actuellement, le droit n'impose pas une seule et unique façon d'exprimer son consentement et le fait d'appuyer sur une touche d'ordinateur ou sur le bouton d'une souris constitue, à n'en pas douter, un comportement admissible. Les communications cyberspatiales peuvent, plus que d'autres, engendrer une transmission involontaire de l'expression du consentement, comme lorsque le cybernaute appuie par erreur sur un bouton. Dans l'intérêt de tous, des solutions pratiques ont été proposées, dont on trouve l'écho dans des textes législatifs récemment adoptés, comme la Directive européenne sur le commerce électronique ou la loi québécoise sur le cadre juridique des technologies de l'information. Le contrat se forme à la suite d'indications successives de l'expression du consentement du client. En cela, il rappelle le rituel du droit romain.

L'ampleur prise par les contrats d'adhésion doit être soulignée. Ce mode de formation est favorisé, pour ne pas dire intimement lié à la technique et touche tous les clients des sites commerciaux, qu'il s'agisse de consommateurs ou de professionnels. Il y a maintenant quelques années, un auteur faisait remarquer, à

[1103] *Ibid.* à la p. 285.

[1104] À ce sujet, voir, par exemple, la centaine de pages que Vincent Gautrais lui consacre. (*Supra* note 18 aux pp. 187-287.)

[1105] Ou son intégrité.

propos des contrats cyberspatiaux entre professionnels, que « ce que les interlocuteurs gagnent en profusion et en choix dans les produits et services disponibles, ils le perdent dramatiquement en dialogue et en négociation »[1106].

Lorsque le droit oblige à localiser un fait ou un acte, des difficultés réelles surgissent. Alors que dans le premier chapitre de cette partie nous avons plaidé pour la reconnaissance du monde virtuel en tant qu'espace, cette suggestion trouve ici son application. Le lieu de conclusion des contrats est le cyberespace et non quelque lieu géographique ou territorial. Comme l'a dit Jérôme Huet, « l'interprétation qu'il conviendrait de faire prévaloir serait de considérer […] que la commande a été reçue dans l'espace cybéral totalement délocalisé, où personne ne se trouve »[1107].

À cette occasion, mentionnons que la question de savoir si un contrat de vente conclu dans le cyberespace est un contrat *inter praesentes* ou un contrat entre non présents est également résolue par la caractérisation spatiale du monde virtuel. À notre avis, il ne peut s'agir que d'un contrat entre présents. Se poser la question en accolant l'adjectif « physique » au terme « présence » mènerait, nous en convenons, obligatoirement à une conclusion opposée. Toutefois, c'est rajouter une exigence que le droit ignore généralement[1108] et qui, même dans le monde traditionnel, serait trop réductrice et d'application extrêmement limitée.

[1106] J. Huet, *supra* note 940 à la p. 18.

[1107] J. Huet, « Les contrats et les consommateurs », Séminaire Euroforum, Paris, 29 janvier 1988, en ligne : <http://www.u-paris2.fr/cejem/travaux/articles/articles/huet.htm> (consulté le 9 mai 2002).

[1108] Marcel Planiol et Georges Ripert parlent à ce sujet du contrat « où l'acceptation n'est pas donnée en présence de l'autre partie ». (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, *Les obligations*, t. VI, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1952 à la p. 182.) Le *Code civil du Québec*, nous l'avons signalé, traite maintenant de la même façon les contrats entre présents et non présents, sans même utiliser ces termes (art. 1387. Dans le même sens, voir la Convention de Vienne, les Principes Unidroit et les Principes européens). Quant à la Convention de Rome, par exemple, à propos de la forme des contrats, elle parle des personnes qui se trouvent ou non dans un même pays (art. 9 § 1 et 2). En somme, non seulement les ordres juridiques que nous avons consultés n'utilisent pas le terme « physique » mais en plus ils ne mentionnent même pas la présence ou la non-présence.

Notons une exception, la Directive européenne concernant la protection du consommateur dont l'article 2 § 4) utilise spécifiquement l'expression « présence physique ». (*Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997L0007&model=guichett> consulté le 4 juillet 2002).

D'un point de vue formel, l'écrit sur un support papier, fondement du droit depuis plusieurs siècles[1109], disparaît dans le cyberespace cédant la place à des données numériques transmises sans support matériel. La validité du contrat ne doit pas s'en trouvée ébranlée en raison du principe consacré du consensualisme. En revanche, le droit de la preuve est indiscutablement mis à mal et il a dû faire l'objet de modifications dans divers ordres juridiques. L'affirmation de Philippe Kahn prend tout son sens en l'occurrence :

> Les grandes avancées technologiques ont toutes été marquées par une sorte de silence juridique qui se prolonge jusqu'à ce que les autorités compétentes aient pu évaluer les mesures à prendre avec suffisamment d'informations, c'est-à-dire jusqu'à ce que les nouvelles technologies soient passées du stade de l'innovation aventureuse à celui de la banalisation quotidienne[1110].

[1109] Pour les rapports que le droit entretient avec les modes d'expression et leurs influences réciproques, voir J.-C. Bonnan, « Le sens qui vient de l'histoire, Écrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux », dans C. Thomasset et D. Bourcier, dir., *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997 34; J. Legrand, « Informatique juridique : de l'instrument au rêve », dans C. Thomasset et D. Bourcier, *ibid*. 72; J. Vanderlinde, « Introduction, Regards candides sur les sciences du texte juridique » dans *ibid*. 1; E. Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989.

[1110] Ph. Kahn, *supra* note 832 à la p. 95.

Partie 3 – Incidence du cyberespace sur les règles de droit international privé

Introduction

Après avoir présenté les deux « protagonistes » de notre réflexion, il convient maintenant de voir comment l'un s'accommode de l'autre. Béatrice Fauvarque-Cosson rappelle que le droit international privé a déjà été confronté à des nouveautés qui risquaient de le menacer : « ni le chemin de fer ni l'aviation ni le téléphone ni la télévision ni même l'informatique n'avaient suscité de telles inquiétudes. Non seulement le droit international privé avait fort bien résisté à toutes ces innovations technologiques, mais la question de son adaptation ne s'était même pas posée »[1111]. Notre objectif ici est de vérifier s'il en va de même dans le cadre des relations contractuelles cyberspatiales.

Les règles de droit international privé en matière contractuelle accordent une importance majeure à la liberté des parties en leur laissant la possibilité de définir aux mieux de leur intérêt les termes de leurs conventions. Il faut donc vérifier si, dans le monde virtuel, ce principe fondamental peut trouver son plein épanouissement et si les limites qu'il connaît dans le monde traditionnel y sont justifiées et applicables (chapitre I). Pour cela, nous devrons nous pencher sur les fondements de ces limites, en les observant à l'occasion d'un œil critique. Dans notre matière, elles tiennent à la qualité des personnes impliquées dans la relation. Elles seront donc transposables, quitte à subir quelques modifications, si les parties au contrat de vente cyberspatial présentent les mêmes caractéristiques que celles que le droit leur reconnaît traditionnellement, soit la puissance de l'une et la faiblesse de l'autre. Si nous décelons trop peu d'analogies, force sera alors de conclure que les limites ne sont pas fondées et les règles qui cherchent à les imposer inadaptées. Il est évident que, dans le cyberespace comme dans le monde analogique, tous les contractants ne

[1111] *Supra* note 16.

sont certainement pas égaux et que, par conséquent, les uns pourraient risquer de se faire abuser ou tromper par d'autres, ce que le droit devrait viser à éviter. Il conviendra alors de rechercher, en prenant comme assise la technique numérique elle-même, en quoi réside la faiblesse inévitable de certains contractants cyberspatiaux.

La deuxième facette de notre réflexion dans cette dernière partie portera, tout naturellement, sur les facteurs de rattachement que le droit international privé prévoit principalement lorsque les parties n'ont pas exercé leur liberté contractuelle (chapitre II). Comme nous avons déjà constaté que la localisation intervient pour beaucoup en la matière et que nous avons proposé de voir le monde virtuel comme un espace, nous étudierons les effets de cette proposition sur les mécanismes propres au droit international privé et sur les éléments qui permettent de le mettre en œuvre. Nous nous demanderons donc si la notion de localisation est utile et efficace en terme d'élément d'extranéité et de facteur de rattachement.

Puisque, nous l'expliquerons, il ne peut s'agir d'un facteur de rattachement, nous étudierons l'utilité de ceux que nous connaissons en regard du monde virtuel. Ce sera l'occasion de vérifier lesquels résistent à l'épreuve du temps et des techniques, lesquels sont vains dans le cadre de relations cyberspatiales.

Un auteur décrète qu'« en matière de conflit de lois, […] le débat sur l'internationalité du contrat électronique est sans conséquence pratique. […] l'affirmation de l'essence internationale du contrat électronique […] est parfaitement inutile »[1112]. Avant de tirer de telles conclusions, nous estimons qu'il est essentiel, pour un « privatiste », de s'interroger sur le type de contrats qu'il étudie. C'est pourquoi, dans un premier temps, nous nous demanderons si le contrat de vente cyberspatial est transnational (section préliminaire).

[1112] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 152.

Section préliminaire – Le contrat de vente cyberspatial est-il un contrat transnational?

Aux difficultés propres à la définition et à la détermination de l'internationalité dont nous avons fait état, s'ajoutent les particularités du cyberespace qui rendent la réponse éminemment difficile à formuler.

Catherine Kessedjian se montre prudente en parlant du « caractère vraisemblablement international du contrat»[1113]. Un praticien français évoque l'internationalité dans le cadre du syllogisme suivant : « Le problème de la loi applicable ne se pose, par définition, qu'en cas de contrat ou de situation internationale. Or, le propre du réseau Internet est d'être international. Le problème de la loi applicable se posera donc dans la plupart des contrats conclus par le biais du Web »[1114]. On a également pu dire : « Dès l'instant où réseaux et Internet ne connaissent pas de frontières, il faut envisager les contrats du commerce électronique dans une perspective internationale »[1115].

La seule certitude qui émane de ces points de vue est que l'internationalité au sens où l'entendent les auteurs repose sur le découpage géopolitique de la Terre. Fondent-ils leur affirmation sur un concept juridique, l'élément d'extranéité, sur une autre notion, le flux et reflux économique au-dessus des frontières? Le contrat de est-il transnational parce qu'il lie des personnes rattachées à des territoires nationaux

[1113] *Supra* note 36 à la p. 81.

[1114] G. Haas, « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998) *Juriscom.net*, en ligne : <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm> (consulté le 19 mai 2002).

Parmi ceux pour qui l'internationalité du contrat cyberspatial est évidente, voir également N. Brault, « Le droit applicable à l'Internet : De l'abîme aux sommets », en ligne : <http://www.club-internet.fr/cyberlexnet/COM/A970428.htm> (consulté le 19 mai 2002); J.-P. Buyle et O. Poelmans, « Internet : quelques aspects juridiques », (1996) 2 D.I.T. 10 à la p. 11; S. Poillot-Peruzzetto, « La loi applicable au contrat par électronique », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 2000, à paraître cité dans O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 152, note 23; J. Huet, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Huet.pdf> (consulté le 19 mai 2002).

[1115] M. Vivant *et al.*, *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy à la p. 1450.

différents, parce que les obligations des uns et des autres ne s'exécutent pas dans le même pays? Les réponses font cruellement défaut.

Nous estimons que cette qualification « transnationale » ne va pas de soi. En premier lieu, il n'est pas exact de considérer le contrat comme systématiquement international. Une commande passée par un consommateur français sur le site de Carrefour[1116] ou l'achat par un entrepreneur en bâtiment québécois d'outil pneumatique auprès de Centre d'outillage L.B.[1117] semblent *a priori* nationaux. De plus, le postulat de la transnationalité du contrat cyberspatial est renversé par l'observation. Surtout en ce qui concerne la vente à la consommation, des études font remarquer qu'elle est principalement nationale, voire même locale[1118]. Pierre Breese le confirme en rapportant que « la lecture de la jurisprudence Internet en France montre une majorité de litiges simplement nationaux »[1119].

Alors que parfois il semble évident que la relation est transnationale, il est souvent difficile de savoir ce qu'il en est précisément : la langue utilisée par le vendeur n'est pas un indice fiable, le nom de domaine peut ne pas être national – que l'on pense au célèbre « .com » – , le délai de communication est négligeable dans tous les cas, etc. En outre, il est possible que ce soit *a posteriori* que l'on découvre la nationalité du contrat conclu[1120].

[1116] Pour les achats sur le Web, en ligne : <http://www.ooshop.fr/> (consulté le 22 mai 2002)

[1117] En ligne : <http://www.lb.qc.ca/indexfrancais.html> (consulté le 22 mai 2002)

[1118] Voir ci-dessus à la p. 281.

[1119] *Supra* note 749 à la p. 348.

[1120] Un exemple éloquent de la « confusion mondiale » qui règne dans le cyberespace est donné par une expérience faite par un chercheur dans le cadre d'une enquête menée par l'Organisation Internationale des Consommateurs. La recherche visait une étude comparative du commerce électronique. Pour la mener à bien, « [s]e faisant passer pour de simples acheteurs, [les chercheurs] ont passé 400 commandes pour divers biens et services auprès de sites Internet dans le monde entier. [Ils] ont noté dans le plus grand détail, leurs expériences d'utilisation du site y compris passer les commandes, recevoir les marchandises et les retourner ensuite contre remboursement ». (O.I.C., « Devrais-je acheter? Les achats en ligne en l'an 2001 : Etude internationale comparative du commerce électronique », en ligne : <http://www.consumersinternational.org/campaigns/environment/Achats%20en%20ligne%202001a_Fr.doc>, consulté le 2 juin 2002). Or « [u]n chercheur aux États-Unis a essayé de réserver une chambre d'hôtel en contactant un site intitulé www.travelshoppe.com – qui renvoyait automatiquement toutes les demandes au site www.travellersweb.ws. Le suffixe "ws" indique un site basé dans l'île pacifique des Samoa occidentales mais plusieurs aspects du site en question, tels l'orthographe britannique et les prix en livres sterling, suggéraient une

Faudrait-il étudier au cas par cas chaque relation, nouée ou future, pour déterminer sa qualité? La démarche casuistique nous paraît fastidieuse, compliquée et inutile, engendrant une dose rebutante d'imprévision. De ce point de vue, il vaudrait peut-être mieux proposer une qualification propre afin d'établir une règle générale, stable. On pourrait penser à une sorte de présomption, établissant que le contrat cyberspatial est toujours « transnational » ou à l'inverse « national » sauf preuve du contraire. Laquelle recommander? Aucune ne nous semble emporter la conviction. De plus, évoquer une *présomption* et son renversement, c'est se situer dans un contexte judiciaire ou arbitral. Or, il est parfois nécessaire que les parties soient fixées, au moment où elles contractent et non uniquement en cas de différend, ne serait-ce justement que pour faire usage ou non de leur liberté.

Dans cette optique, considérant comme nous l'avons proposé le cyberespace comme une entité propre, il serait souhaitable de remplacer les termes habituels pour décrire le contrat – local, national, international, transnational – par l'unique terme « cyberspatial ». Ainsi, dans la notion de vente cyberspatiale, telle que nous l'avons définie[1121], le mode de conclusion emporte la qualité. Puisque tout le monde s'accorde pour dire que le « lieu de naissance » de la relation nouée dans le cyberespace est en dehors des zones territoriales terrestres, cela revient à dire qu'il est « étranger » par rapport à elles. En ce sens, on pourrait qualifier ce contrat de « transmondial » puisqu'il a des liens avec deux mondes, le monde virtuel et le monde terrestre. Il s'agit évidemment d'un nouveau type de catégorie, *sui generis*, mais l'innovation ici se justifie en raison des difficultés inhérentes à la technique ainsi que de sa nouveauté[1122].

---

entreprise basée au Royaume-Uni. En lisant la description du site (sur la page “about us”) le chercheur a appris que le site représente en fait deux entreprises conjointement. Deux numéros de téléphone étaient indiqués, mais à défaut de tout indicatif international, il était impossible de savoir dans quel pays ces entreprises étaient situées.

Lorsque le chercheur a fait sa réservation, elle a été confirmée par e-mail par une toute autre entreprise, TravelUam, apparemment basée dans le Nebraska, aux États-Unis. Le chercheur devait composer un numéro américain pour annuler la réservation. »

[1121] Voir ci-dessus « définition du contrat cyberspatial » à la p. 298.

[1122] Dans le même esprit, un auteur écrit que « le statut international de l'Internet [a] notamment pour conséquence directe l'existence d'une internationalité *per se* en ce qui concerne les contrats virtuels. » (J. A. Graham, *supra* note 862 à la p. 353).

Cette proposition comporte, pour les besoins de l'analyse juridique, plusieurs avantages, qu'il reste à exploiter et dont nous nous contenterons de mentionner quelques amorces. Elle supprime les difficultés de détermination de l'internationalité, que « [l]e médium électronique ne fait qu'accroître […][1123] ». Elle assure une sorte de « certitude » en terme de localisation, nécessaire à cette détermination. Si avec les éléments du contrat et les personnes physiques la localisation pose de nombreux problèmes, ils sont encore plus évidents lorsque l'on songe à l'entreprise virtuelle. Il s'agit de celle qui « exerce non seulement son activité économique en ligne, mais aussi celle dont les organes dirigeants sont décentralisés et administrent la société à distance »[1124] , comme, par exemple, par visioconférence ainsi que l'autorise la loi française sur les nouvelles régulations économiques[1125]. Dans ces conditions, comment localiser, en termes terrestres, l'endroit où s'exercent effectivement les activités cette entreprise, critère utilisé par la Directive sur le commerce électronique

---

[1123] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 152.

[1124] *Ibid*. à la p. 115. Depuis un certain temps, la possible émergence d'entreprises virtuelles est un sujet de préoccupation. Ainsi, Yves Poullet rapporte qu'au cours d'un colloque, l'une des participantes s'était interrogée sur l'efficacité de ce qui était alors la proposition de directive européenne sur le commerce électronique, en vertu de laquelle « les prestataires [seraient] tenus de respecter les règles du lieu de leur établissement…non point virtuel mais réel ». Cette personne s'était demandée : « que se passe-t-il […] lorsque l'investissement d'un prestataire devient totalement immatériel et se résume [à] un simple ordinateur "portable"? » (Y. Poullet, « De la "Maison Multimédia" au droit du village global – quelques réflexions d'humeur », en ligne : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf> consulté le 31 mars 2000). Il y a tout lieu de croire que cette personne estimait que même si l'opérateur doit donner une adresse physique pour obtenir un nom de domaine, cela ne correspondrait pas à la définition de l'établissement prévue par le texte européen.

[1125] *Supra* note 248 art. 109.

pour déterminer le lieu d'établissement du prestataire[1126]? Il semble qu'à ce jour, la question reste sans réponse[1127].

Il va sans dire que, dans notre esprit, qualifier de cette façon un contrat ne revient pas à le détacher, surtout à détacher les contractants, de tout lien terrestre[1128] mais à lui reconnaître des caractéristiques propres.

[1126] *Supra* note 754 considérant 19 : « Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée. Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique. Dans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique. »

Ibid., art. 2 c) : « "prestataire établi": prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ».

[1127] À ce sujet, voir O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 115 et s. L'auteur explique que, bien sûr, le siège social de l'entreprise constitue un indice mais que ce critère formel « s'inscrit […] contre l'acception large de l'établissement, fondée sur la participation à l'activité économique d'un État membre ». (*Ibid*. à la p. 116).

Cette réflexion sur l'établissement de l'entreprise virtuelle rappelle les commentaires faits à propos de la notion de « lieu d'administration centrale » d'une « personne autre qu'une personne physique », l'un des critères que le projet de Convention de La Haye propose pour en établir la résidence (*supra* note 127 art. 3 *c*). Ce critère devient « de plus en plus difficile à établir à mettre en œuvre avec les techniques contemporaines de gestion à distance des sociétés. En effet, de nombreuses sociétés choisissent aujourd'hui de ne plus réunir physiquement leur conseil d'administration ou de surveillance, les décisions étant prises soit « en ligne », soit par vidéo-conférence, chaque membre restant dans le pays dans lequel il possède sa résidence habituelle. Dans une telle hypothèse, doit-on dire que le lieu de l'administration centrale de la personne morale est éclaté sur plusieurs pays et qu'elle doit ainsi s'attendre à être assignée dans chacun de ses pays, plus précisément au lieu de la résidence habituelle du membre du conseil d'administration qui y est présent? […] La réponse que l'on y donne pourrait d'ailleurs être différente selon que le droit des pays concernés exige encore que le procès-verbal du conseil d'administration ou de surveillance en cause comporte la mention du lieu physique de la réunion (qui serait dans notre hypothèse une fiction juridique) ou, au contraire, accepte que ce procès-verbal ne mentionne plus ce lieu physique. » (Conférence de La Haye de droit international privé, « Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire No 8 novembre 1997 (établi par Catherine Kessedjian), en ligne : en ligne : <ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgm_dp8.doc> consulté le 27 juin 2002).

[1128] De la même façon que lorsqu'une personne se livre à des activités en dehors de son pays de résidence ou de l'État dont elle est ressortissante, les liens avec ces lieux ne sont pas coupés. Elle ne « perd » pas son lieu de résidence ou sa nationalité. Olivier Cachard a parfaitement raison d'affirmer que « l'internet n'élimine donc pas tous les facteurs de rattachement ». (*Supra* note 685 à la p. 25).

Chapitre I. Impact du nouvel environnement en matière de liberté contractuelle

L'étude des facteurs de rattachement issus de la liberté contractuelle dans le monde traditionnel fait ressortir la dichotomie entre deux types de contrats, ceux conclus entre professionnels et ceux conclus entre un professionnel et un consommateur. Il s'agit donc maintenant de vérifier si cette distinction s'applique dans le cadre de la vente cyberspatiale, compte tenu de ses caractéristiques.

Pour mener à bien cette comparaison, la première étape nécessite de déceler la liberté contractuelle dans les contrats cyberspatiaux (section 1). Autrement dit, nous nous demanderons si la technique en rend possible l'expression. Cette approche théorique et les conclusions auxquelles elle mène seront illustrées par quelques exemples. Loin de prétendre à une observation scientifique, nous pensons toutefois que ces illustrations reflètent la pratique, au moins celle à laquelle est exposé le cybernaute ordinaire.

Ensuite, nous présenterons les acteurs du commerce cyberspatial et nous les confronterons aux modèles connus (section 2). Il s'agira alors de comparer le consommateur et le commerçant du monde virtuel au consommateur et au commerçant du monde analogique. La définition du consommateur classique pose nettement plus de problèmes que celle du commerçant. C'est pourquoi nous devrons nous arrêter longuement à celui-là , sans pour autant négliger celui-ci.

Puisqu'il semble tenu pour acquis que le consommateur virtuel est un clone de son homonyme analogique, il faut en premier lieu établir l'identité de ce dernier et ce, dans les différents ordres juridiques dans lesquels s'inscrit cette recherche. Comme le consommateur virtuel est ou risque d'être en contact avec des partenaires relevant d'un autre ordre juridique que le sien, nous devrons ensuite rappeler comment le droit s'accommode des situations transnationales de consommation.

Compte tenu de ces données, nous en viendrons à expliquer pourquoi, à notre avis, elles ne peuvent fonder l'existence d'un « cyberconsommateur ». Le rôle, les moyens des parties à un processus de vente, les rapports de force entre elles, notamment, n'ont aucune commune mesure avec ce qui a cours lors des relations traditionnelles. Le cyberespace modifie toutes ces donnes et ce serait faire fausse route que de refuser de tenir compte de ces changements.

Au lieu de centrer la réflexion sur cette inexistence, ce qui ne peut donner que des résultats insatisfaisants ou décevants, il vaudrait mieux l'axer sur ce qui caractérise réellement la plupart des contrats cyberspatiaux, comme nous l'avons vu dans la partie précédente, soit le fait que ce sont des contrats d'adhésion. Dans le cadre de cette thèse, nous n'avons pas la prétention de pouvoir élaborer ou même de proposer des règles, qu'elles soient de droit international privé ou de droit commun, mais nous avons comme préoccupation principale de faire ressortir les meilleures bases possibles, les plus solides, pour y arriver. C'est dans cet esprit que s'inscrit le développement consacré aux contrats d'adhésion (section 3).

Section 1 – Exercice de la liberté contractuelle

Nous avons vu que les systèmes juridiques étudiés accordent un rôle important à la liberté contractuelle, qu'elle s'exerce en matière de rattachement juridictionnel ou en matière de rattachement normatif puisque fixer contractuellement l'autorité devant qui porter un éventuel différend tout en indiquant la loi qui le régira contribue à augmenter la prévisibilité et donc la sécurité des contractants. Selon Pierre Lalive, rappelons-le, plus ils sortent du cadre qui leur est familier, plus celle-ci leur est nécessaire[1129].

[1129] Voir ci-dessus à la p. 5.

Parlant d'« inconnu », pour reprendre le terme de Pierre Lalive, le cyberespace l'est certainement. Nous avons évoqué son aspect incompréhensible, qui rend parfois craintif quiconque s'y aventure. De plus, il n'est pas rare qu'une partie ne connaisse ni son vis-à-vis ni surtout le lieu où ses messages – qu'il s'agisse d'offres commerciales, d'acceptation de contrat, d'exécution virtuelle des obligations – parviennent, même si la divulgation des coordonnées « terrestres » est fortement recommandée[1130]. En outre, le flou qui entoure actuellement la détermination objective d'un tribunal compétent ou de la loi applicable en cas de différend cyberspatial contribue à augmenter l'inconnu. La logique et la prudence voudraient donc que les contrats de vente cyberspatiaux comportent des clauses exprimant les choix en matière juridictionnelle et normative.

Pour ce qui est des relations entre professionnels, Catherine Kessedjian, parlant des règlements des différends, fait justement la recommandation suivante : « Les opérateurs sur Internet doivent comprendre que ce médium engendre pour eux une nécessité exponentielle de faire jouer et d'utiliser complètement la liberté contractuelle qui leur est laissée par les États »[1131]. De même, en matière de rattachement normatif, elle écrit : « L'autonomie de la volonté joue encore ici un très grand rôle et les professionnels ne doivent pas hésiter à inclure dans les contrats qu'ils concluent en ligne (qu'ils soient ensuite exécutés en ligne ou hors ligne) des clauses d'élection de droit »[1132]. Dans le même sens, Olivier Cachard affirme :

[1130] Voir ci-dessous à la p. 474.

[1131] *Supra* note 36 à la p. 73.

[1132] *Ibid*. à la p. 90. Dans le même esprit, Béatrice Fauvarque-Cosson écrit : « […] l'idée de privilégier, dans la mesure du possible, la loi d'autonomie mérite considération ». (*Supra* note 16).

Certains sont sceptiques. Au cours d'un colloque, Jérôme Huet avait dit ne pas croire « au choix de la loi applicable sur le réseau, mais au droit international privé lequel permet de déterminer la loi applicable. » En dehors du fait que le choix de loi *fait partie* du droit international privé, son principal argument paraît aujourd'hui assez cocasse : « peut-on imaginer un site affichant sur sa home page une série de précautions : loi applicable… ? » (*Supra* note 1107). Quelques mois plus tard, il est revenu sur sa position en suggérant que « les principales clauses contractuelles ayant trait à la juridiction compétente, à la loi applicable, à l'existence d'un droit de rétractation, ainsi qu'aux conditions de livraison et de garanties, devraient être présentées de manière visible aux consommateurs ». (J. Huet, « L'échange de consentement dans le cyberespace », conférence à l'Université de Montréal, octobre 1998, dans L. Thoumyre, *supra* note 879).

> Parce qu'il se trouve à la croisée du commerce international et des nouvelles technologies, le marché électronique constitue donc un terrain favorable au plein exercice de la liberté contractuelle. Que la volonté agisse sur la substance du contrat ou sur son rattachement, elle seule paraît apte à faire face à la dématérialisation du contrat et à la délocalisation des contractants[1133].

La validité de clauses juridictionnelles ou normatives conclues dans le cyberespace ne devrait pas poser de problèmes dans les systèmes qui, à la fois, les acceptent et ont adopté des mesures législatives accordant une valeur aux documents électroniques, comme c'est le cas, notamment, au Québec. Dans la matière où l'exigence formelle est la plus élevée, le rattachement juridictionnel[1134], on trouve déjà quelques dispositions spécialement conçues pour les relations cyberspatiales. Le Règlement européen consacre expressément le principe de la validité de l'élection de for conclue virtuellement puisque le premier paragraphe de l'article 17 les autorise notamment sous forme écrite et que le deuxième paragraphe indique : « Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite »[1135]. Le projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers[1136] consacre lui aussi expressément, par son article 4 § 2 *b*), le principe de la validité l'élection de for conclue virtuellement.

Le contrat de vente entre un professionnel et un consommateur devrait également exprimer la volonté des parties en matière de règlement des différends et de loi applicable, dans la mesure où de telles clauses sont permises. En conclusion

---

[1133] *Supra* note 685 à la p. 148.

[1134] Catherine Kessedjian observe que « l'activité internationale sur la loi applicable est moins importante que pour la compétence juridictionnelle. D'une part, […] dans certains pays la question du droit applicable est subsumée par la question de la compétence. D'autre part, l'actualité législative internationale met sur le devant de la scène des projets en matière de compétence juridictionnelle et pas en matière de droit applicable. » (*Supra* note 36 aux pp. 87-88). À notre avis, la raison de ce manque d'activité est également liée à l'absence de formalisme obligatoire en la matière.

[1135] *Supra* note 93. Le texte de cette disposition s'inspire de l'article 6 § 1 de loi type de la CNUDCI (voir ci-dessus à la p. 339). Alors que nous avions mentionné les difficultés que pouvaient soulever cet article de la loi-type, le projet de La Haye en suscite une autre. Que signifie « consigner durablement » un document, un texte?

[1136] *Supra* note 127.

de son étude sur « la désignation des règles applicables au contrat électronique », Olivier Cachard affirme :

> La liberté contractuelle tient ses promesses car elle contribue de façon décisive à l'organisation et au fonctionnement du marché électronique. Qu'il s'agisse de relations nouées sur des réseaux fermés ou sur des réseaux ouverts, les parties désignent souvent la loi applicable au contrat […][1137].

Au terme d'une recherche effectuée, par la force des choses, uniquement en réseau ouvert, portant sur les offres commerciales disponibles facilement, c'est-à-dire celles qui s'adressent soit exclusivement aux consommateurs soit indifféremment à toute clientèle, nous nous garderons d'émettre un avis aussi catégorique et, pour tout dire, nous estimons que l'emploi de l'adverbe « souvent » est trompeur. D'ailleurs, une enquête menée par l'Organisation Internationale des Consommateurs révélait en 1999 que seulement 10% des offres présentées sur le Web contenaient des dispositions expresses relatives à la loi applicable[1138]. Trois ans plus tard, une amélioration a été constatée puisque « [à] l'exclusion des sites qui spécifiaient qu'ils n'effectuaient aucune opération internationale, environ un quart des sites (26%) a précisé le droit national applicable en cas de litige […] »[1139]. Des progrès semblent donc se dessiner mais cela ne constitue pas encore une pratique habituelle et courante.

[1137] *Supra* note 685 à la p. 199. [Nous soulignons]

[1138] O.I.D., « Consumers @ shopping. An international comparative study of electronic commerce », en ligne : <http://www.consumersinternational.org/campaigns/electronic/e-comm.pdf> (consulté le 26 mai 2001). De surcroît, l'O.I.C. constate que « [r]eference to applicable law was usually in small print, buried within lengthy legal text on terms and conditions. In no case did we find that applicable law was highlighted, or that the implications of this condition were spelt out to the consumer. Consumers were probably unaware that by clicking their agreement to the terms and conditions, they were also clicking agreement to be governed by the law of another country. In all cases, the applicable law referred to was that of the retailer's country. »

[La référence à la loi applicable était généralement en petits caractères, enfouie dans un long texte légal sur les conditions générales. Jamais n'avons nous constaté que la mention de la loi applicable était soulignée ou que les conséquences en étaient clairement expliquées au consommateur. Les consommateurs n'étaient probablement pas conscients qu'en acceptant les conditions générales, ils acceptaient du même coup d'être soumis à la loi d'un pays étranger. Dans tous les cas, la loi applicable était celle du pays du vendeur].

[1139] O.I.C., *supra* note 1120. L'enquête révèle que « [l]es sites basés dans l'UE étaient plus susceptibles de mentionner ce droit (36%) que les sites basés aux États-Unis (12%) » (*ibid*.).

1. Liberté contractuelle et contrats d'adhésion

Lorsque le contrat de vente cyberspatial contient des clauses de rattachement, elles s'inscrivent la plupart du temps dans le cadre d'un contrat d'adhésion, que le cocontractant soit un professionnel ou un consommateur. Dans ces conditions, peut-on réellement parler de la liberté contractuelle des parties?

Comme l'écrivent deux auteurs québécois :

> [d]ans le contrat d'adhésion, le schéma ordinaire de l'accord des volontés n'existe plus. Il n'y a plus à proprement parler, de liberté de discussion, de pourparlers, de compromis. La liberté contractuelle est réduite à sa plus simple expression, et si le contractant garde encore un choix, ce choix se réduit à celui de contracter ou de ne pas contracter[1140].

Même s'ils ont raison, ces auteurs amalgament deux notions différentes, dont nous avons déjà fait mention[1141]. La « plus simple expression » qu'ils évoquent est en réalité l'autonomie de la volonté, qui permet aux individus de se lier contractuellement, de faire naître le lien de droit. La liberté contractuelle, elle, concerne non plus l'acte lui-même, au sens large du terme, mais aménage le contenu de la relation et vise spécifiquement le choix des termes du contrat, les obligations de chacun.

Bien que nous ayons choisi de nous pencher principalement sur la liberté contractuelle, il nous paraît intéressant d'évaluer brièvement la place de l'autonomie de la volonté dans le cadre des contrats d'adhésion cyberspatiaux, en mentionnant auparavant qu'à notre avis, il existe trois catégories de contrat d'adhésion. Les plus fréquents sont ceux où l'autonomie de la volonté de l'adhérent conserve toute son importance. Il peut, en effet, choisir librement de s'engager ou non : personne n'est réellement obligé d'acheter des biens de consommation. La seconde catégorie est

---

[1140] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 197.

celle portant sur des services comme la fourniture d'électricité, par exemple. Bien sûr, on peut toujours s'éclairer à la chandelle et opter pour un chauffage au bois mais, à l'époque actuelle, dans le monde occidental, parler de choix à ce sujet nous paraît un leurre. Si choix il y a, il est purement théorique. Il existe une troisième sorte de contrats d'adhésion, certes nettement moins fréquente mais où l'autonomie de la volonté est totalement exclue, l'adhérent n'ayant aucune alternative. Ainsi, un transporteur maritime en provenance d'Europe qui doit livrer une cargaison au port de Montréal doit obligatoirement confier son bâtiment à un pilote sur une certaine section du fleuve Saint-Laurent. Les termes du contrat de pilotage sont imposés et le transporteur n'a pas d'autre choix que de le conclure[1142].

Les contrats d'adhésion virtuels portent fréquemment sur la vente de biens de consommation. Dans la mesure où ceux-ci ne sont ni essentiels ni vitaux et où, par conséquent, la liberté de contracter ou non peut s'exercer, ils relèvent donc de la première catégorie où l'autonomie de la volonté du client est préservée[1143]. Même si les contrats entre professionnels, parfois conclus en dehors du Web, ne concernent pas de biens de consommation, nous pensons que, dans la plupart des cas, l'autonomie de la volonté a encore sa place.

En revanche, la liberté contractuelle du cybernaute adhérent est, par définition, totalement anéantie. Toutefois, nous avons constaté que, plus que dans le monde traditionnel, le stipulant impose ses choix en matière de rattachement. D'un point de vue global, on ne peut que s'en féliciter puisque ainsi la sécurité juridique des parties s'en trouve accrue.

[1141] Voir ci-dessus à la p. 16.

[1142] Sur le même sujet, voir en ligne : <http://www.courdecassation.fr/_Annuaire/_BICC/490a499/494/cour/arret/Concl494.htm> (consulté le 26 mai 2002).

[1143] En matière de fourniture de service, peut-être considèrera-t-on d'ici peu l'accès au réseau aussi essentielle que le fait d'avoir l'électricité. Cependant, le client ne sera pas privé de son libre-arbitre, il aura le choix entre divers fournisseurs. Si les termes imposés par l'un d'entre eux ne lui conviennent pas, il pourra toujours contracter avec un autre.

À défaut de négociations, la liberté contractuelle du cybernaute adhérent peut cependant s'exercer et ce, indirectement, grâce au secours, précisément, de l'autonomie de la volonté. « S'il y a un espace où la liberté de choix trouve à s'exprimer, c'est bien sur internet »[1144]. Si l'une des clauses imposées par le stipulant, qu'elle porte sur la qualité de l'objet proposé ou, dans la mesure où l'adhérent en est soucieux, sur le rattachement juridictionnel ou l'élection de droit ne lui convient pas, il lui est facile de rechercher un autre commerçant dont les conditions le satisferont plus. Sa liberté contractuelle joue, non pas dans un rapport individuel, mais face à l'ensemble des stipulants.

N'oublions pas que la liberté contractuelle du commerçant stipulant, elle, n'est pas sans limite et que l'imposition d'une clause de rattachement peut éventuellement être qualifiée d'abusive. En particulier lorsque le client est consommateur, « le droit est […] méfiant à l'égard des clauses par l'effet desquelles le contrat n'est plus le fruit de la volonté commune de ceux qui l'ont conclu »[1145].

2. Difficultés liées aux clauses de rattachement contenues dans les conditions générales

Les clauses de rattachement se trouvent généralement parmi les « conditions générales ». Leur utilisation ne constitue pas en soi une nouveauté mais les particularités techniques liées aux échanges de documents lors de l'élaboration de contrats cyberspatiaux obligent à s'y arrêter.

[1144] A. Palacio, « Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique » (2002) 38 P.A. 46 à la p. 48. Nous ne sommes pas entièrement d'accord avec celle qui était alors la présidente de la Conférence des présidents des commissions du Parlement européen lorsqu'elle estime que « Internet offre de grandes possibilité de négocier » (*ibid*.).

[1145] D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » (1998) 117 P.A., en ligne : <http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002).

2.1 L'accès aux clauses

Dans le cas d'achat à partir d'un site Web, les clauses d'élection de for ou de droit, lorsqu'il y en a, font habituellement partie des « conditions générales »[1146] accessibles par un lien hypertexte, celles-ci constituant en quelque sorte une annexe au contrat. Le client doit donc faire un geste, au minimum un clic supplémentaire, pour les consulter. Étant donné que le réseau est ouvert, accessible à tous, le problème d'accès aux clauses se présente autant lorsque l'acheteur est consommateur que lorsqu'il est lui-même professionnel.

De façon générale, lorsque les clauses de règlement des différends et d'élection de droit sont autorisées, elles le sont dans la mesure où elles font partie du contrat auquel elles sont liées. Ainsi, la Convention de New York prévoit que la clause compromissoire doit être « insérée dans un contrat »[1147]. L'article 3111 C.c.Q. indique : « L'acte juridique […] est régi par la loi désignée expressément dans l'acte […] ». Toujours en matière de rattachement normatif, la Convention de Rome exige, par son article 3, que le choix de loi soit «exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat […] ». Les clauses qui nous intéressent font partie des conditions générales du vendeur parmi lesquelles on peut trouver en outre les dispositions sur la garantie, la livraison, les conditions de paiement, le service après-vente, la responsabilité, etc.

Dans le cas des documents qui apparaissent sur un écran d'ordinateur, deux situations peuvent se présenter. Les clauses peuvent ne pas être visibles instantanément ou bien parce qu'en raison de la taille de l'écran, seule une partie du

---

[1146] Un auteur fait remarquer que la notion même de « conditions générales » relève d'une « réalité, [d']une situation purement factuelle dont les législateurs nationaux ne se sont saisis que pour en sanctionner les abus » mais qu'elle ne renvoie à aucun concept juridique. (C. Delforge, « Le processus de formation : aspects particuliers » dans M. Fontaine *supra* note 966 à la p. 479). On n'en trouve donc habituellement pas de définition légale. Seuls, les « Principes » en fournissent une (art. 2:209 § 3 P.E. et art. 2-19 § 2 P.U.).

[1147] Convention de New York, *supra* note 260 art. II § 2. En matière de rattachement juridictionnel, les autres textes étudiés ne font pas de lien matériel pareil entre clause de rattachement et contrat principal. Voir Règlement européen, *supra* note 93 art. 23; art. 3148 § 4 et *in fine* C.c.Q.; art. 3168 § 5 C.c.Q.; projet de convention de La Haye, *supra* note 127 art. 4 § 2.

document est visualisée et le cybernaute est alors obligé de faire un ou plusieurs gestes, si minimes soient-il, pour consulter le document du début à la fin; ou bien, les clauses sont contenues dans un autre document informatisé auquel le cybernaute a accès par le biais d'hyperliens.

Un tribunal ontarien a déjà été appelé à se prononcer sur la question de l'accès aux conditions générales d'un contrat cyberspatial[1148]. Même si elle concerne un contrat de service, l'affaire nous intéresse particulièrement puisqu'elle porte justement sur la contestation d'une clause d'élection de for. Deux canadiens ont intenté un recours collectif au nom des utilisateurs du service en ligne MSN contre Microsoft. Ils alléguaient une mauvaise facturation et réclamaient soixante-quinze millions de dollars en dommages pour bris de contrat et manquements à des obligations de fiduciaire ainsi qu'en dommages punitifs. Le contrat liant Microsoft aux utilisateurs du service, appelé « *Member Agreement* » contenait la clause suivante : « This Agreement is governed by the laws of the State of Washington, U.S.A., and you consent to the exclusive jurisdiction and venue of courts in King County, Washington, in all disputes arising out of or relating to your use of MSN or your MSN membership »[1149].

Les requérants se sont adressés à la Cour supérieure de l'Ontario, en lui demandant notamment de ne pas accorder de valeur à la clause d'élection de for sous prétexte que les « plaintiffs read only portions of the Member Agreement and thus had no notice of the forum selection clause »[1150]. Par conséquent, ils n'auraient pas consenti à une telle clause. Ils ont demandé au juge de considérer cette clause comme celle écrite en petits caractères, donc peu visible, dans les contrats sur support papier, que le commerçant doit porter spécialement à l'attention de son

---

[1148] *Ruddler* c. *Microsoft Corp.* [1999] O.J. No 3778, en ligne : QL (0RP) <http://ql.quicklaw.com/qltemp/C1KFwgMdjSsVTEhW/00004ojre-00057269.htm>

[1149] *Ibid.* au § 5. [Ce contrat est régi par les lois de l'État de Washington, U.S.A. et vous consentez à la compétence exclusive des tribunaux du King County, Washington, pour tout litige provenant ou lié à votre utilisation de MSN ou à votre adhésion à MSN.]

[1150] *Ibid.* au § 6. [les requérants n'ont lu que des parties du Member Agreement et donc n'avaient pas connaissance de la clause d'élection de for]

client[1151], ce qui n'aurait pas été fait. Le juge Winkler a refusé d'accepter cet argument. La première étape de l'inscription se faisait par le biais d'un disque CDRom. Le juge remarque qu'en l'espèce, le contrat en entier était lisible en utilisant la fonction « déroulement » et non en cliquant sur des hyperliens pour naviguer d'une rubrique à une autre. Le juge fait observer en outre que le contrat est exprimé en langage normal et que toutes les clauses sont présentées de façon identique, avec à peu près les mêmes caractères. Il constate :

> Admittedly, the entire Agreement cannot be displayed at once on the computer screen, but this is not materially different from a multi-page written document which requires a party to turn the pages. Furthermore, the structure of the sign-up procedure is such that the potential member is presented with the terms of membership twice during the process and must signify acceptance each time. Each time the potential member is provided with the option of disagreeing which terminates the process[1152].

L'adhésion au service MSN se poursuit par un enregistrement en ligne au cours duquel le futur membre reçoit très clairement l'avertissement suivant :

> The membership agreement includes terms that govern how information about you and your membership may be used. To become a MSN Premier member, you must select "I Agree" to acknowledge your consent to the terms of the membership agreement. If you click "I Agree" without reading the membership agreement, you are still agreeing to be bound by all of the terms of the membership agreement, without limitation[1153].

[1151] Le *Code civil du Québec* contient un principe analogue à l'article 1436 : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent. »

[1152] *Supra* note 1148 au § 14. [Il faut admettre que l'ensemble du contrat ne peut être vu en entier sur l'écran de l'ordinateur mais cela ne fait pas de différence avec un document papier de plusieurs pages que le cocontractant doit tourner. De plus, le processus d'acceptation est tel qu'on présente au futur membre les conditions d'adhésion [au service] à deux reprises et qu'il doit donner son acceptation à chaque fois. A chaque fois, le futur adhérent a la possibilité de ne pas la donner, ce qui met fin au processus.]

[1153] *Ibid.* au § 14 [Le contrat d'adhésion inclut les dispositions régissant l'utilisation de l'information à votre sujet. Pour devenir membre de MSN Premier, vous devez sélectionner « J'accepte » pour indiquer que vous acceptez les conditions du contrat d'adhésion. Si vous cliquez « J'accepte » sans lire le contrat, vous acceptez cependant d'être lié par toutes les conditions du contrat, sans limitation.]

Pour le juge, le contrat attaqué a la même valeur[1154] qu'un contrat sur papier et aucune de ses dispositions n'est équivalente à une clause illisible. Conclure autrement

> would, rather than advancing the goal of "commercial certainty", […] move this type of electronic transaction into the realm of commercial absurdity. It would lead to chaos in the marketplace, render ineffectual electronic commerce and undermine the integrity of any agreement entered into through this medium[1155].

Dans le cas décrit ci-dessus, il n'était pas question à proprement parler d'incorporation par référence mais plutôt de longueur et de présentation matérielle du contrat dans son entier. L'analogie avec un document sur support papier, plusieurs fois utilisée par le juge, s'admet aisément, ainsi que sa conclusion.

Pour les clauses visibles à l'aide d'hyperliens, donc contenues sur une page autre que celle où le client indique sa volonté de conclure la vente, on peut se demander si les conditions générales peuvent être considérées comme faisant partie intégrante du contrat ou sont des clauses externes et, dans ce cas, dans quelle mesure elles lient les parties.

Le monde non virtuel connaît la technique des clauses externes. L'article 1435 C.c.Q. reconnaît leur validité de principe mais émet des réserves en ce qui concerne les contrats de consommation et les contrats d'adhésion:

> La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

[1154] Le terme utilisé par le juge Winkler est « *sanctity* ». (*Ibid.* au § 17).

[1155] *Ibid.* au § 16. [plutôt que promouvoir l'objectif de « sécurité commerciale » mènerait ce type de contrat électronique dans le champ de l'absurdité commerciale. Cela entraînerait un chaos dans le monde commercial, rendrait inefficace le commerce électronique et minerait l'intégrité de n'importe quel contrat conclu de cette façon].

Il faut noter que le juge renforce sa conclusion par le fait que les requérants sont des juristes et qu'ils sont des utilisateurs familiers de l'Internet.

> Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

En matière d'arbitrage, la loi type de la CNUDCI admet expressément le procédé du renvoi à un autre document: « La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous une forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat »[1156]. La Convention de New York est nettement moins éloquente puisque son article II §2 admet simplement que la clause d'arbitrage puisse se trouver « dans un échange de lettres ou de télégrammes ». Il n'est pas étonnant que ce manque de clarté ait donné lieu à des interprétations contradictoires[1157]. S'insurgeant contre une interprétation restrictive du texte de New York, Bruno Oppetit constate qu' « [u]ne telle interprétation […] n'en accuse que davantage le vieillissement de certaines de ses dispositions, souvent dépassées aujourd'hui tant par la pratique des affaires que des droits nationaux »[1158]. Il est vrai que « [a]u niveau des législations nationales, la tendance est indéniablement, depuis quelques années, en faveur d'une consécration expresse de la validité de la clause compromissoire par référence »[1159]. Les conditions pour que la clause d'arbitrage par référence puisse offrir quelque efficacité sont bien résumées par Catherine Kessedjian à l'occasion de l'affaire *Bomar*: « Celui qui se prévaut de la clause doit apporter la preuve de la volonté concordante des parties de souscrire à une telle

---

[1156] *Supra* note 239 art. 7 (2).

[1157] À ce sujet, voir K. Khiari, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international » dans *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Yvon Blais, 1997 15 à la p. 21.

[1158] B. Oppetit, « La clause arbitrale par référence » (1990) 3 Rev. arb. 557 aux pp. 563-564. Le meilleur exemple d'interprétation restrictive de la Convention de New York en matière de clause d'arbitrage par référence est fourni par un arrêt de la Cour de cassation française : Cass. civ. 1re, 11 octobre 1989, *Bomar Oil*, (1990) 1 Rev. arb. 134 (note C. Kessedjian).

[1159] K. Khiari, *supra* note 1157 à la p. 17. Voir également X. Boucobza, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », (1998) 3 Rev. arb. 495. À la suite de l'étude de la jurisprudence française et d'un regard sur le droit étranger, l'auteur conclut à la reconnaissance générale de la clause compromissoire par référence et ainsi à la primauté du consensualisme.

clause […]. Cette exigence permet de s'assurer que celui à qui on cherche à opposer la clause d'arbitrage en a connu ou a pu en connaître l'existence »[1160].

Étant donné que, dans le cyberespace, le procédé d'incorporation par référence est presque obligatoire en raison de la technique, les textes élaborés depuis son apparition lui accorde une attention particulière. La loi type de la CNUDCI[1161] a été modifiée en 1998, précisément pour ajouter l'article 5 bis : « Incorporation par référence . L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence ».

En Europe, la Directive sur le commerce électronique est assez vague. Son article 10 § 3 prévoit simplement : « Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». Le projet de loi français sur la société de l'information visait à modifier le Code civil en incorporant notamment un article disposant que « [q]uiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services précise les conditions générales et particulières applicables ainsi que les modalités de conservation ou de reproduction de ces conditions »[1162].

La loi québécoise fournit plus de détails et répond plus précisément à la question:

> Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments

---

[1160] *Supra* note 1158 à la p. 140.

[1161] *Supra* note 758.

[1162] *Ibid.* art. 23.

> assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition[1163].

Le principe de l'incorporation par référence est donc admis mais on constate qu'aucune précaution n'est prise en ce qui concerne l'accès aux documents annexes. En d'autres termes, les textes n'imposent pas que le bouton ou le lien renvoyant aux conditions générales soit particulièrement visible, ni qu'il soit disponible à un moment précis de l'édification de la relation contractuelle. Vraisemblablement, en cas de différend, une conclusion quant à l'accessibilité variera selon les faits du dossier, selon la façon dont sont placés et fonctionnent les boutons et hyperliens, selon le nombre et la complexité des manipulations imposées – ou proposées – au client. La langue, non seulement des conditions générales mais également celle utilisée pour guider le client jusqu'à elles sera, nous n'en doutons pas, également pertinente.

Les concepteurs de sites Web ne doivent pas ignorer l'attitude du cybernaute moyen : « il descend systématiquement la barre de défilement (*scrolling*), ne considère aucunement les liens hypertextes insérés dans le texte et fini par accepter l'entente sans forcément savoir ce à quoi il s'engage »[1164]. Conscients de ces habitudes, le juriste doit veiller à ce que le contrat en tienne compte. Par exemple, le texte du contrat ne doit pas être trop long, le nombre d'hyperliens limités, les points importants mis en valeur d'une façon ou d'une autre. Idéalement, il faudrait éviter le recours aux hyperliens pour ne pas risquer de différends à propos des clauses externes[1165]. En somme, il faut suivre les recommandations de l'O.C.D.E. en ce qui concerne

> les modalités, les conditions et les coûts associés à la transaction pour permettre aux consommateurs de décider en toute connaissance de cause de s'engager ou non dans la transaction.

[1163] *Supra* note 755 art. 4.

[1164] V. Gautrais, *supra* note 1003 à la p. 84.

[1165] Même si le principe en est admis, elles donnent facilement lieu à contestation.

> Ces informations devraient être claires, exactes, facilement accessibles, et fournies de façon à offrir au consommateur une possibilité adéquate de les examiner avant de s'engager dans la transaction[1166].

2.2 Les conflits de conditions générales

Ici, nous nous situons plus dans le cadre des échanges personnalisés, le courrier électronique, car le problème ne peut naître que lorsqu'il y a échange de documents de nature équivalente, ce que la structure des sites Web rend impossible.

En raison du « recours systématique des entreprises à l'élaboration de conditions standardisées, élaborées en vue de leur assurer une protection la plus large et la plus efficiente possible »[1167], la conclusion d'un contrat entre deux professionnels peut donner lieu à un conflit de conditions générales[1168]. Celles-ci peuvent fort bien contenir des clauses contradictoires, inconciliables, par exemple les unes prévoyant le recours à l'arbitrage et les autres comportant une élection de for en faveur d'un tribunal étatique X ou chacune désignant une loi différente pour régir le contrat.

Ce conflit, désigné généralement par le vocable anglais « *battle of forms* », n'est pas propre au cyberespace puisqu'il existe avec beaucoup d'acuité dans le monde traditionnel où « les parties, comme cela est très souvent le cas dans la pratique, font référence à leurs clauses-types de façon plus ou moins automatique, par exemple en échangeant des commandes et des accusés de réception imprimés contenant les clauses respectives sur le côté opposé »[1169]. La routine est telle que les

---

[1166] OCDE, « Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (décembre 1999) », en ligne : <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00000000/M00000360.pdf> (consulté le 21 janvier 2002).

[1167] C. Delforge, *supra* note 1146 à la p. 480.

[1168] La situation ne se présente actuellement qu'entre professionnels car les simples individus n'élaborent pas de conditions générales. Certaines associations de consommateurs en ont élaboré mais elles ne semblent pas d'un usage courant (C.B.P. Mahé, « Conflit de conditions générales : quelle tactique adopter? » (1997) E.J.C.L., en ligne : <http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-2.html>, consulté le 19 mai 2002, à la note 4.)

[1169] UNIDROIT, *supra* note 116 aux pp. 65-66.

parties, bien souvent, ne sont même pas conscientes de la divergence entre les stipulations. Cependant, dans le cadre des contrats cyberspatiaux entre commerçants, cette « bataille » mérite une attention particulière du fait que la technique, par la structure des « documents » et la quasi-instantanéité des échanges, augmente les risques de conflits de ce type[1170].

Ces échanges contradictoires font naître deux séries de questions. Les unes portent sur la notion même d'acceptation : « lorsque le destinataire d'une offre accepte celle-ci, mais y joint des conditions différentes, s'agit-il à proprement parler d'une "acceptation" »[1171] ou plutôt d'une contre-offre? La réponse aura son importance en matière de localisation temporelle de la naissance de la convention.

Les secondes questions – celles auxquelles nous comptons nous arrêter – concernent le contenu du contrat. Si on le considère comme conclu[1172], quelles clauses contient-il, à quelles obligations les parties sont-elles soumises? En particulier, à quelle clause de rattachement donner effet[1173]?

Diverses réponses, énoncées sous forme de trois théories, sont possibles[1174]. En vertu de la première, celle du « *first shot* », ou du « premier mot », les premières conditions communiquées l'emportent. En toute logique, il s'agit de celles de l'offrant. La théorie du « *last shot* », ou du « dernier mot », favorise les conditions émises en dernier, sans objection du cocontractant. Cette théorie est le reflet de la conception classique de la formation du contrat qui ne peut naître qu'à la suite d'une réponse

---

[1170] Pour un exemple fictif de conflit entre des conditions générales de vente et des conditions générales d'achat à la suite d'échanges par courrier électronique, voir le dossier du concours d'arbitrage Willem C. Vis de 2001, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot8.html> (consulté le 20 mai 2002).

[1171] C. Delforge, *supra* note 1146 à la p. 482.

[1172] Nous n'aborderons pas la question de savoir si le contrat est conclu ou non et par conséquent nous n'entendons pas étudier la notion d' « éléments essentiels » sur lesquels offre et acceptation doivent concorder et dont on sait qu'elle varie selon les ordres juridiques. Il va de soi que, pour nous, les clauses de rattachement, juridictionnel et normatif, sont essentielles.

[1173] Un auteur fait remarquer que « [l]'affrontement oppose fréquemment entre elles des clauses attributives de compétence territoriale ». (C.B.P. Mahé, *supra* note 1168 à la p. 4)

positive de l'acceptant. La Convention de Vienne, par le troisième paragraphe de l'article 19, prône cette théorie:

> Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison, à l'étendue de la responsabilité d'une parties à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre.

La troisième solution est une sorte d'intermédiaire entre les deux autres. Alors qu'en vertu de ces dernières, il y a en quelque sorte un perdant et un gagnant, selon la théorie du « *knock out* », personne ne gagne mais personne ne perd, les conditions de l'un ne l'emportent pas sur celles de l'autre puisqu'il y a « annulation réciproque des conditions générales contradictoires »[1175]. Pour employer un terme très à la mode, il s'agit là de « la voie du consensus »[1176]. C'est le résultat auquel arrivent en général les tribunaux français, « comme un remède ultime »[1177], après avoir pris en considération divers éléments concrets des faits en l'espèce qui les aident à rechercher la volonté réelle des parties. Le principe de base a été énoncé par la Cour de cassation en 1912, à l'occasion de clauses de juridiction, et réaffirmé depuis à plusieurs reprises[1178].

Que contient le contrat assorti de clauses divergentes en regard des « Principes »? L'article 2.22 P.U. et l'article 2 :209 P.E. préconisent la théorie du *knock-out* en ne donnant effet qu'aux clauses communes aux deux parties. Ils comportent toutefois une exception; si l'une des parties « signifie à l'autre, soit à

[1174] L'arrêt de référence en matière de « *battle of forms* » est *Butler Machine Tool Co. Ltd.* c. *Ex-cell-O Corporation*, [1979] 1 W.L.R. 401 (C.A.) dans lequel Lord Denning décrit les trois théories applicables.

[1175] C. Delforge, *supra* note 1146 à la p. 483. L'auteur ne fournit aucun équivalent français pour « *knock out* » mais il nous semble que « match nul » conviendrait parfaitement.

[1176] *Ibid.* à la p. 547.

[1177] *Ibid.* à la p. 498.

[1178] Cass. req., 24 juin 1912, *Escoffier* c. *Guillet*, D.P. 1912.I. Jurisprudence p. 363; Cass. req., 5 février 1934, *Dromain* c. *Chanfrau*, G.P. 1934 (1[ère] sem.), Jurisprudence, p. 638, S. 1934.I.110; Cass. com., 20 novembre 1984,

l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat »[1179], auquel cas la question du contenu du contrat ne se posera pas puisqu'il ne sera tout simplement pas conclu.

En marge de ces théories, la jurisprudence utilise parfois un critère lié à la rédaction des clauses. Dans ce cas, les juges donneront préséance aux clauses « les plus claires, [privilégiant] ainsi celui qui s'est exprimé de la façon la plus limpide, en laissant aucun doute quant à ses intentions réelles »[1180].

Quelle approche est la plus adaptée aux contrats de vente cyberspatiaux? À notre avis, celle du « premier mot » et celle du « dernier mot » devraient être écartées. En premier lieu, leur « caractère arbitraire »[1181] ne joue pas en leur faveur, que le contrat soit classique ou virtuel. En second lieu, ces théories reposent sur une conception très systématique et ordonnée de la formation du contrat où l'offre et l'acceptation alternent de façon évidente. Or de façon générale et en particulier dans les relations cyberspatiales, « [l]a pratique révèle […] que le processus de formation est bien plus complexe, jalonné d'étapes bien plus nombreuses que la simple succession d'une offre et d'une acceptation »[1182] . Ajoutons à cela « [u]ne difficulté d'application commune à ces théories survient en cas de simultanéité des déclarations constitutives du contrat échangées par les parties. Leur concomitance empêche leur qualification d'offre, d'acceptation ou contre-offre »[1183]. Même si ces propos n'ont pas été tenus à propos des relations cyberspatiales, ils s'y appliquent parfaitement.

Bull. Civ. 1984.IV p. 253. La deuxième espèce, *Dromain*, a ceci de particulier que le contrat avait été conclu entre personnes en présence l'une de l'autre.

[1179] Art. 2.22 P.U. Voir art. 2 :209 P.E.

[1180] C. Delforge, *supra* note 1146 à la p. 484.

[1181] C.B.P. Mahé, *supra* note 1168 à la p. 34.

[1182] M. Fontaine, « Un régime harmonisé de la formation des contrats – Réexamen critique » dans M. Fontaine, dir., *supra* note 966, 849 à la p. 895.

[1183] C.B.P. Mahé, *supra* note 1168 à la p. 22.

Même si elle n'est pas idéale[1184], la théorie du *knock out* nous semble la mieux adaptée à la présence de clauses contradictoires dans les contrats cyberspatiaux, tout comme elle l'est dans le cadre de contrats traditionnels. Sur les points inconciliables, les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat s'annulent. L'un des inconvénients majeurs de cette approche est qu'une fois les clauses réduites à néant, il convient de trouver une solution à la question envisagée par la clause. Par exemple, l'autorité qui aura ainsi annulé les clauses de rattachement juridictionnel devra établir qui a compétence. Elle s'en remettra alors au raisonnement habituel en cas de silence des parties et l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle aura été vain.

3. Synthèse

Les contrats cyberspatiaux formés à partir de sites Web ne peuvent se conclure autrement que sous la forme de contrats d'adhésion. Parmi les contrats conclus par courrier électronique, il en va comme dans les échanges du monde traditionnel : alors que certains font l'objet de négociations, d'autres sont imposés par l'un des contractants, notamment par l'adjonction de conditions générales.

Quelle est donc la place laissée à la liberté contractuelle des parties à une vente cyberspatiale? On pourrait dire que la moitié des contractants, les stipulants, en usent alors que celle de l'autre moitié, constituée des adhérents, de ce point de vue, est bâillonnée.

Si la moitié des contractants n'ont pas voix au chapitre et doivent « subir » les clauses imposées par le stipulant, à défaut de pouvoir exercer leur liberté contractuelle, ils peuvent compter sur l'autonomie de leur volonté pour pallier les

---

[1184] Voir les critiques adressées par C. Delforge, *supra* note 1146 à la p. 548 et s.

inconvénients que ce silence entraîne. Le choix est vaste dans le cyberespace et libre à eux de contracter avec un partenaire dont les clauses leur conviennent mieux[1185]. En raison du nombre de contrats conclus par le biais de site Web, la remarque de Marie-Thérèse Calais-Auloy, inspirée par les contrats classiques, convient parfaitement aux relations cyberspatiales. Elle considère « [l]e principe de l'autonomie de la volonté (volonté créatrice de droit) toujours aussi vigoureux » mais elle constate que « la liberté contractuelle […], elle, va s'amenuisant » [1186].

Lorsque la liberté contractuelle s'exerce, les études démontrent qu'elle porte encore peu sur le rattachement juridictionnel ou le rattachement normatif, ce qui est particulièrement regrettable dans un environnement si incertain. Même si les offres prévoient des dispositions en la matière, encore faut-il y avoir accès. Nous avons constaté pour des raisons de taille de l'écran ou d'organisation du site, cela n'est pas toujours facile. Conscients de ces particularités techniques, les offrants devraient soit attirer particulièrement l'attention de leur vis-à-vis sur ce qui n'est pas immédiatement visible soit prévoir un cheminement obligé tel qu'avant de cliquer sur « j'accepte », le cocontractant ait dû prendre connaissance de toutes les conditions du contrat[1187].

Lorsque le contrat cyberspatial unit des professionnels, les risques de conflits de conditions générales sont importants, en raison de l'extrême rapidité des communications. Parmi les solutions issues du monde traditionnel et proposées pour les résoudre, la théorie du « *knock-out* » nous semble la mieux adaptée.

[1185] D'après l'Association du Barreau américain, les adhérents y gagnent: «An individual buyer still may not be able to negotiate the terms of sale, but the ability to find all available terms and prices for a product or service anywhere on the globe empowers the buyer in ways that may surpass the benefits of negotiation. » (American Bar Association, « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace. A Report on Global Jurisdiction Issues Created by Internet », en ligne : <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/draft.rtf> consulté le 7 juin 2002). [Un acheteur individuel n'est peut-être pas encore capable de négocier les termes de la vente mais la possibilité qu'il a de trouver toutes les conditions et tous les prix pour un produit ou un service n'importe où sur le globe donne à l'acheteur un pouvoir qui peut dépasser les bénéfices d'une négociation].

[1186] *Supra* note 37.

[1187] Catherine Kessedjian recommande que la clause d'élection de for « apparaisse de façon évidente, sur la page d'accueil du site ou au début du défilement des clauses contractuelles » et d'insérer « une clause de droit applicable dans un écran d'accueil en même temps que la clause de règlement des différends ». (*Supra* note 1100 aux pp. 150, 153).

Section 2 – Confusion des genres

L'exercice de la liberté contractuelle varie en fonction de la personne du cocontractant. Dans les ordres juridiques étudiés, même si les principes ne sont pas toujours clairement établis, on note une tendance à limiter ou du moins à encadrer strictement la liberté du contractant réputé le plus fort. La « force » est habituellement liée indissociablement à la qualité de professionnel et la faiblesse à celle de consommateur.

On peut se demander si le clivage entre commerce avec les consommateurs et commerce interentreprises garde toute sa raison d'être dans le monde virtuel. En effet, il y a peut-être dans le cyberespace confusion des genres, en particulier dans la sphère du Web. Comme le dit Yves Poullet,

> les distinctions juridiques classiques au monde du commerce réel s'évanouissent là où la distinction entre prestataires et destinataires n'a plus cours, l'internaute pouvant devenir fournisseur; la distinction entre destinataires professionnels et destinataires consommateurs perd elle-même sa pertinence, si on considère que les services s'adressent sans distinction aux uns ou aux autres[1188].

Cette absence de distinction nette entre commerce de consommation et commerce entre professionnels est accrue par des considérations pratiques. Par essence, le réseau est ouvert, accessible à tous et de nombreux sites offrent leurs produits indistinctement aux professionnels et aux consommateurs[1189]. Il faut dire qu'au début de la popularisation de l'Internet grâce au Web, les commerçants eux-mêmes ont peu cherché à faire la distinction entre le commerce B-to-C et B-to-B. Le plus important pour eux était d'avoir un site, d'être visibles et vus sur la grande toile mondiale. Avec l'expérience, les choses s'affinent et les deux marchés, celui touchant les consommateurs et celui visant les entreprises, tendent à se distinguer un peu

---

[1188] Y. Poullet, *supra* note 1124. [Nous soulignons].

[1189] Certains sites ne permettent cependant pas aux consommateurs de passer une commande, en exigeant par exemple des renseignements que ne peuvent détenir que des professionnels. Voir l'exemple du site de Dell, ci-dessus à la p. 317.

plus, notamment par l'utilisation d'outils et d'approches stratégiques différentes. La segmentation est récente puisqu'elle date de la fin du siècle dernier[1190]. Il n'en reste pas moins qu'elle est encore loin d'être aussi nette que dans le monde réel.

1. Remise en question de la notion de consommateur

Si les relations contractuelles entre des marchands, des commerçants et de simples individus ont toujours existé, la constatation de l'inégalité des forces et la prise en compte de ce déséquilibre ont commencé à retenir l'attention des juristes et de certains législateurs dans le monde occidental à la fin de la seconde guerre mondiale[1191]. Depuis cette époque, s'est forgée peu à peu une matière nouvelle qu'il est convenu d'appeler le droit de la consommation. Selon les ordres juridiques et les

---

[1190] Voir « Interview d' Alex Serge Vieux », *supra* note 905.

[1191] Au Québec, la première mesure consumériste introduite dans le code civil date de 1947 : *Loi concernant les ventes à tempérament*, S.Q. 1947, c. 73.

La distinction entre commerçant et consommateur, de même que la prise en considération juridique de leurs particularités dans les rapports commerciaux, n'est pas récente. Jeanne-Marie Tuffery a mené une étude sur les marchés toulousains dans les années seize cent et dix-sept cent et a constaté que le couple marchand-chaland posait déjà des problèmes proches de ceux rencontrés par la relation commerçant-consommateur, et qui ne laissaient pas le droit indifférent. (J.-M. Tuffery, *Ébauche d'un droit de la consommation. La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, L.G.D.J., 1998).

Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz font remonter les premières mesures visant à protéger les acheteurs à la naissance du Code Napoléon, avec les articles 1641 à 1648 sur la garantie des vices cachés, héritée du droit romain. Toutefois, c'est à partir de 1970 qu'on assiste à l'explosion des textes consuméristes. (Voir J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2000 aux pp. 28, 29).

Un fonctionnaire européen de la Direction générale de la santé et de la protection des consommateurs présente le sujet sur un ton plus humoristique : « The need for consumer protection relating to contract is as old as the world. The first consumer contract was concluded between a woman and a snake : the snake sold an apple to the woman on the basis of a misleading advertising, the product did not have the qualities announced by the seller and there was a contractual term excluding any liability of the snake for any damage resulting from the defective product. As you know, we are all still suffering from this original damage ». (M., Tenreiro, « Conclusion » dans Commission européenne, Direction générale de la santé et de la protection des consommateur, *La Directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, 215, en ligne : <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf>, consulté le 6 juillet 2001). [Le besoin de protéger le consommateur contractant est vieux comme le monde. Le premier contrat de consommation a été conclu entre une femme et un serpent : le serpent a vendu à la femme une pomme, sur la base d'une publicité trompeuse; le produit ne présentait pas les qualités annoncées par le vendeur et le contrat contenait une clause excluant la responsabilité du serpent en cas de dommages résultant d'un défaut du produit. Comme vous le savez, nous souffrons encore à l'heure actuelle de ce dommage originel].

époques, il est constitué soit de textes à portée limitée[1192] – ce que Claude Masse décrit comme « une foule d'interventions non coordonnées dans plusieurs secteurs de l'activité économique liés à la consommation »[1193] – soit dans des textes de portée générale comme, en France, le *Code de la consommation*[1194] ou au Québec la *Loi sur la protection du consommateur*[1195]. Au niveau européen, la protection du consommateur fait l'objet de plusieurs directives, que l'on peut classer, à l'instar de Jean Calais-Auloy et Franck Steinmetz, sous quatre rubriques : protection de la santé et de la sécurité, protection des intérêts économiques, réparation des dommages subis par les consommateurs et information des consommateurs. Celles qui nous concernent particulièrement, celle sur les clauses abusives et celle sur les contrats à distance[1196], relèvent de la seconde catégorie.

Comme nous le rappellerons plus en détails ci-dessous, la distinction entre droit de la consommation et droit commun, ou éventuellement droit commercial, repose en partie sur la qualité de l'un des cocontractants qui donne une teinte particulière à la relation qu'il entretient avec son vis-à-vis. Le droit de la consommation repose sur « la constatation très simple que les consommateurs, pris individuellement, n'ont ni la force économique ni les connaissances leur permettant de négocier sur le plan contractuel d'égal à égal avec les fournisseurs de biens et de services, surtout dans les secteurs des biens et des services essentiels »[1197]. Parler de contrat de consommation ou de droit de consommation revient à attribuer *a priori* certaines caractéristiques à la personne qui acquiert un bien ou un service[1198].

[1192] Par exemple, en France, la loi du 22 juillet 1982 sur le bail d'habitation ou celle du 6 juillet 1990 sur l'hébergement des personnes âgées.

[1193] C. Masse, « Pour une nouvelle LPC », *Journal du Barreau*, 15 juin 2001 à la p. 12.

[1194] 1re Partie : Législative (L. no 93-949 du 26 juillet 1993), en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm> (consulté le 6 juin 2002).

[1195] *Supra* note 102.

[1196] *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, *supra* note 179; Directive en matière de contrats à distance, *supra* note 1108.

[1197] C. Masse, *supra* note 1193 à la p. 12.

[1198] Dans la majorité des cas, le consommateur est l'acheteur.

Dans le monde traditionnel, ces particularités ne sont pas toujours évidentes et l'opposition entre le professionnel et le non-professionnel n'est pas clairement tranchée. On peut remettre en question l'existence même du consommateur[1199], qui serait par définition, par essence, un être faible, et par conséquent la protection juridique dont il est l'objet. Comme nous l'expliquerons plus loin, nous ne pouvons nier la faiblesse de la position de certains contractants mais nous proposons de rompre cette dualité consommateur-faiblesse. S'il peut être parfois en position de faiblesse, nous estimons que d'autres sujets peuvent l'être également. Et cette faiblesse, selon nous, est essentiellement juridique et non personnelle.

Cette réflexion a parfaitement sa place dans les relations virtuelles et y acquiert même une importance accrue. Pour plusieurs raisons, nous estimons que la notion de consommateur et la pertinence d'un droit de la cyberconsommation doivent faire l'objet d'une réelle réflexion. Peut-être même n'ont-ils plus de raison d'être.

1.1 La protection du consommateur

Le droit utilise deux points de vue pour établir la faiblesse d'un contractant. Il s'intéresse aux caractéristiques de la personne, soit des critères subjectifs, ainsi qu'à la destination du contrat, les critères objectifs.

1.1.1 Le critère subjectif

Le droit met dos à dos deux types de personnes, deux sujets, qui ont un besoin réciproque l'un de l'autre, le consommateur et le commerçant. Ce n'est pas la définition de ce dernier qui pose le plus de problèmes. Tout le monde partage à peu près la même conception, parfois intuitive, de ce qu'est un commerçant ou un professionnel. En droit québécois, la *Loi sur la protection du consommateur* n'en fournit aucune définition mais « le droit privé [le définit comme] celui qui exerce des

---

[1199] Jérôme Kullmann parle de la « nocivité de la notion de consommateur ». (J. Kullmann, « Clauses abusives et contrat d'assurance » (1996) R.G.D.A. 11 à la p. 28.)

opérations commerciales à l'état professionnel »[1200]. Deux critères sont essentiels : l'activité est réalisée dans un but de profit et elle doit présenter une certaine permanence, s'exerçant « de façon habituelle plutôt qu'occasionnelle »[1201]. En droit français et en droit européen comme en droit québécois, le commerçant peut être une personne physique ou une personne morale[1202].

En revanche, en ce qui concerne le consommateur, la recherche d'une définition est nettement plus ardue et hasardeuse. De façon générale, d'après le *Vocabulaire juridique*, est un consommateur « celui que protège le droit de la consommation »[1203]. Le réflexe logique pousse alors à consulter la définition de cette dernière expression, qui devrait fournir une piste. On ne manquera pas d'être étonné d'apprendre qu'il s'agit du « nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur »[1204]. Au Québec, le très réputé *Dictionnaire de droit québécois et canadien*[1205] ne s'est même pas risqué à définir le consommateur.

[1200] N. L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 30. Il faut mentionner que le *Code civil du Québec* a éliminé la notion de « commerçant » contenue au *Code civil du Bas-Canada* pour la remplacer par celle d' « entreprise ». D'après le ministre de la Justice, la définition de l'entreprise donnée maintenant pas le code civil québécois, à l'article 1525 al. 3, est celle que « l'on retrouve généralement dans la doctrine et la jurisprudence, notamment en droit français. » (*Supra* note 351 à la p. 510). Bien que désignée par un terme différent, la « profession » française reçoit à peu près la même définition que l' « entreprise » québécoise : il s'agit d'une « activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service. » (J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *supra* note 1191 à la p. 4).

[1201] N. L'Heureux, *supra* note 1200 à la p. 30.

[1202] Par exemple, art. 2 c) de la Directive sur les clauses abusives: « "professionnel" : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée. » (*Supra* note 179).

Cette définition est intéressante à deux titres : en premier lieu, elle permet d'inclure dans l'activité du professionnel d'autres prestations que la fourniture de biens ou de services – on peut penser aux contrats de cautionnement – et ensuite, le professionnel n'est pas forcément vendeur. La directive s'applique lorsqu'un concessionnaire automobile, par exemple, achète la voiture d'un particulier.

[1203] G. Cornu, *supra* note 44 à la p. 207.

[1204] *Ibid*.

[1205] H. Reid, *supra* note 512. On ne trouve en effet aucune entrée sous ce terme. Le *Dictionnaire de droit privé* du CRDP n'en donne également aucune définition. (CRDPQ, *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, CRDPQ, 1985).

Ce flou et ces lacunes s'expliquent certainement par le fait que le terme « consommateur » n'a pas « une acception communément reçue »[1206]. On peut toutefois le dessiner à grands traits : il s'agit d'une personne, d'un non professionnel (critère subjectif) qui se procure, auprès d'un professionnel, des biens ou des services pour ses besoins personnels (critère objectif). Cette simple description est semée d'embûches, qui sont surmontées différemment selon les ordres juridiques.

Ainsi, de quelle personne s'agit-il? Le code de la consommation français n'en donne aucune définition[1207]. Pour deux auteurs français, si, dans la grande majorité des cas, le consommateur est une personne physique, « [c]ependant, il peut arriver que certaines personnes morales de droit privé, ayant une activité non-professionnelle, prennent la qualité de consommateur »[1208]. D'ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de considérer un parti politique comme un consommateur[1209]. De même, la Cour de cassation a accordé la protection de la loi sur les consommateurs à une société d'agent immobilier[1210]. En revanche, la directive européenne sur les clauses abusives semble exclure de la définition les personnes morales : « "consommateur" : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »[1211]. La précision n'a pas été reprise par la loi de transposition du 1er

---

1206 D. Ferrier, *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996 à la p. 13.

1207 En outre, il faut remarquer que ce code vise le consommateur parfois considéré individuellement, parfois en tant qu'élément d'un groupe social.

En la matière, l'absence de définitions ou les définitions variées fournies par diverses législations aboutissent à des incohérences. Ainsi, une même personne peut, dans certaines occasions, bénéficier des règles consuméristes, dans d'autres en être exclue (voir infra note 1210).

1208 J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *supra* note 1191 aux pp. 7-8.

1209 La Cour d'appel de Paris, sans dire expressément que le Parti communiste est un consommateur, lui a cependant reconnu la protection de la loi en matière de prêt financier en estimant que « [s]i le matériel commandé par le PCF, section de Bagnolet, était bien destiné à l'activité de ce parti, cette activité qui est politique n'est pas exercée dans le but d'obtenir des moyens d'existence et ne peut être qualifiée de "professionnelle" au sens de la loi ». (Paris, 5 juillet 1991, J.C.P. éd. E 1991, Pan. 988.)

1210 Cass. civ., 28 avril 1987, D. 1987 455; JCP 1987.II.20893 (note Gilles Paisant). À cette occasion, Gilles Paisant pointe une certaine incohérence du droit français puisqu'une société peut être un consommateur aux yeux d'une loi et non d'une autre. Si, comme conclut la Cour de cassation, la loi du 10 janvier 1978 s'étend aux sociétés, elles sont exclues de l'application de celle du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile et de celle no 78-22 du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédit.

1211 *Supra* note 179 art. 2 b). [Nous soulignons].

février 1995 qui parle simplement du « non-professionnel ou consommateur », s'inscrivant ainsi dans la lignée de l'arrêt de la Cour de cassation[1212]. Devant l' « embarras jurisprudentiel »[1213], aucune règle générale ne peut être donnée en ce qui concerne les personnes morales, et en ce qui les concerne, « [c]'est le règne de la casuistique »[1214].

Au Québec, la réponse sur la qualité du consommateur ne fait pas de doute: il ne peut être qu'une personne physique comme l'indiquent à la fois le code civil et la *Loi sur la protection du consommateur*. Le premier prévoit :

> Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procurer de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite[1215].

La seconde est également très claire en définissant le consommateur comme « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce »[1216].

[1212] On peut se demander si l'expression « non-professionnel ou consommateur » exprime une redondance ou une différence. Pour Jérôme Kullmann, en s'exprimant ainsi, « le législateur […] a clairement entendu étendre la protection contre les clauses abusives aux professionnels qui sont profanes au regard de l'objet du contrat ». (*Supra* note 1199 à la p. 31)

[1213] F. Terré, dir., *Le consommateur et ses contrats*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 1999 à la p. 349.

[1214] *Ibid*. à la p. 351.

[1215] Art. 1384 C.c.Q.

[1216] *Supra* note 102 art. 1 *e*).

Pour une application de cet article, voir *Mutual Life Assurance Co*. c. *Vinet*, C.Q. Montréal 500-02-003388-944, 1995-03-15, J.E. 95-967 portant sur une location d'ameublement de bureau par des avocats : « le locataire qui est désigné par les noms de trois avocats d'une société ne peut être considéré comme un personne physique » au sens de l'article 1 *e*) de la *Loi sur la protection du consommateur*. À cette occasion, la cour du Québec donne un indice supplémentaire pour vérifier s'il y a ou non contrat de consommation : « lorsqu'il y a plus d'un contractant dans un contrat, il ne peut s'agir d'un contrat entre un consommateur et un commerçant ».

Le droit considère généralement l'individu comme un « bon père de famille », même s'il n'a pas « le courage d'Achille, la sagesse d'Ulysse, ni la force d'Hercule »[1217]. Lorsqu'il s'apprête à acquérir un bien pour son usage personnel, il devient alors, *a priori*, inexpérimenté, ignorant, incompétent, faible, en situation d'infériorité, vulnérable, « profane »[1218]. Comme s'en étonne Marie-Stéphane Payet, « le seul fait de consommer [transforme] l'individu en être faible. La définition terminologique s'est muée en réalité psychologique »[1219].

En fait, cette faiblesse ne correspond à rien en soi, elle n'est que relative. C'est en comparaison de son vis-à-vis professionnel que le consommateur est faible ou inexpérimenté[1220]. Il connaît moins que le professionnel le bien objet de la vente, par exemple, ou il a moins l'habitude de contracter. « En d'autres termes, le consommateur n'est faible que parce que son cocontractant est puissant »[1221]. On pourrait ajouter qu'il n'y a de consommateur que parce qu'il y a un professionnel :

[1217] H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6[ème] éd. Paris, Montchrestien, 1965 à la p. 4.

[1218] Un auteur préfère parler du profane que du consommateur. (J. Kulmann, *supra* note 1199). Quelle que soit la définition du consommateur, la notion de « faiblesse » domine la littérature à son sujet. À cet égard, lorsque la CJCE décrit le « consommateur moyen » et qu'elle lui attribue certaines caractéristiques (voir ci-dessous à la p. 414), cela, à notre avis, ne diminue en rien la faiblesse qui lui est inhérente.

[1219] M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001 à la p. 104.

[1220] C'est lorsqu'il contracte avec un commerçant que le consommateur est potentiellement en danger; n'oublions pas qu'Hermès est le dieu des marchands…et des voleurs.

[1221] M.-S. Payet, *supra* note 1219 à la p. 131. La puissance ne provient pas seulement d'une supériorité économique. Ici, on insiste plutôt sur le fait que le commerçant connaît la marchandise, a l'habitude de contracter, etc.

Il faudrait donc, en matière de consommation, parler d'inégalité et non de vulnérabilité, « deux notions que l'on serait tenté de rapprocher. Il semble pourtant qu'elles ne sauraient être confondues. La première est chargée de subjectivisme alors que la seconde est objective. […] l'inégalité s'apprécie par comparaison. La vulnérabilité ne suppose pas nécessairement une analyse comparative. La confrontation permet l'expression d'un état préexistant. En revanche, et cela malgré les difficultés qu'il y a à la définir, l'inégalité n'apparaît que dans la comparaison, elle n'est pas un état en soi. » (F. Fiechter-Boulvard, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit » dans F. Cohet-Cordey, dir., *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, 13 à la p. 15, en ligne : <http://www.pug.fr/telech_ouvrage/vulnérabilité.pdf> consulté le 20 décembre 2000).

Pourtant, c'est bien en se fondant sur cet état de victime potentielle, de faiblesse présumée que le droit en est venu à « protéger les consommateurs perçus comme une catégorie de personnes vulnérables ». En la matière, « c'est l'état préexistant, un postulat *a priori*, qui gouverne le choix du législateur » (*Ibid.* aux pp. 19, 20).

« La qualité de consommateur n'existe pas en elle-même. Partie à un contrat, le consommateur est celui dont le cocontractant est un professionnel »[1222] .

Les doutes que l'on peut entretenir sur l'existence du consommateur augmentent lorsque l'on aborde une zone grise, celle entourant le professionnel lorsque lui-même fait face à plus expérimenté que lui. Autrement dit, lorsque le professionnel conclut un contrat pour se procurer des biens ou des services dans un champ hors de sa compétence, est-il, d'un point de vue subjectif, assimilable à un consommateur[1223]? Cette question divise la doctrine et la jurisprudence, les uns souhaitant une conception large du consommateur qui protègerait le professionnel agissant hors de son expertise, les autres préférant une définition stricte. Deux auteurs français estiment que, même en dehors de sa compétence, le professionnel n'est jamais « aussi désarmé que le simple consommateur »[1224]. Prônant une conception stricte du consommateur, ils argumentent que

> si l'on considère comme des consommateurs les professionnels qui agissent en dehors de leur compétence, il faudrait symétriquement assimiler à des professionnels les consommateurs qui agissent dans leur sphère de compétence. Un avocat, par exemple, pourrait être jugé assez compétent pour déjouer, sans le secours de règles protectrices, les pièges juridiques des contrats qu'il signe pour des besoins privés[1225].

S'opposant à cette position, Denis Mazeaud écrit, en évoquant les contrats d'adhésion:

> on comprendrait mal pourquoi les professionnels qui réussiraient à démontrer leur incompétence à propos du contrat conclu, leur situation de dépendance au jour de la conclusion du contrat et

---

[1222] M.-S. Payet, *supra* note 1219 aux pp. 64-65.

[1223] On pense ici à un avocat qui se procure un ordinateur pour son bureau, à un commerçant qui achète un système d'alarme pour sa boutique, etc. La question est intimement liée à l'analyse objective que nous aborderons ci-dessous à la p. 395.

[1224] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *supra* note 1191 à la p. 12.

[1225] *Ibid*.

> l'absence de tout pouvoir de négociation procédant de ce rapport de force inégalitaire, ne pourraient pas se prévaloir des dispositions bienfaitrices du droit de la consommation[1226].

D'un point de vue subjectif, on peut donc remettre en question la notion juridique de consommateur car « cette réalité, si elle présente une utilité pour l'analyse économique, n'a en revanche pas de sens pour le droit »[1227].

2.1.2 Le critère objectif

Alors que l'analyse subjective repose sur la compétence ou les qualités des contractants, le point de vue objectif s'intéresse à la destination du contrat[1228]. Le droit européen et le droit québécois prennent en compte cet élément puisque le contrat de consommation est celui qui vise à satisfaire un besoin autre que professionnel, pour reprendre les termes des directives européennes[1229] soit *a contrario* vraisemblablement un besoin personnel, familial ou domestique, comme le prévoit le *Code civil du Québec*[1230]. En conséquence, est un consommateur la personne qui se procure un bien pour satisfaire un tel besoin. Le but de l'acquisition du bien est pour certains « le critère essentiel »[1231]. Au Québec, la Cour supérieure

---

[1226] D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation » dans *Droit du marché et droit commun des obligations* (1998) Rev.tr.dr. com. 95 à la p. 105.

[1227] M.-S. Payet, *supra* note 1219 à la p. 101. L'auteur note ici l'opposition avec la notion de salarié. Alors que le consommateur n'est pas, « *ipso facto*, dans une situation particulière vis-à-vis de son cocontractant », le salarié est, lui, « juridiquement placé sous la subordination de son employeur. L'essence de sa condition est d'être sous son autorité. La subordination juridique est le mot désignant cette construction juridique » (*Ibid*.). Selon l'auteur, le fait de consommer ne correspond à aucune réalité pour le droit. Seule est pertinente juridiquement la situation anormale parfois engendrée par cette situation. Plus loin, elle insiste : « Le consommateur est économique mais il n'est pas juridique. L'objectif de sa protection ne permet pas de définir valablement [le] droit [de la consommation] » (*Ibid*. à la p. 287).

Dans le même esprit, Marcel Fontaine constate de manière générale que « la faiblesse éventuelle de l'une des parties n'est pas inhérente au contrat. "Acheteur" et "vendeur", par exemple, sont des termes neutres à cet égard. La notion de contrat de vente ne préjuge pas de la force respective des parties » (*supra* note 983 à la p. 619).

[1228] Didier Ferrier, au lieu de critère subjectif et critère objectif, parle de conception souple, correspondant au premier, et de conception stricte. (*Supra* note 1206).

[1229] *Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, art. 2 b) (*supra* note 179) et *Directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, art. 2 § 2 (*supra* note 1108).

[1230] Art. 1384 C.c.Q.

[1231] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *supra* note 1191 à la p. 8.

estime que « [p]our déterminer la qualité des parties à une transaction, ce qui importe n'est pas tellement leur qualité au moment de la transaction, mais la finalité de l'acte »[1232]. Reprenant la notion de faiblesse relative, Marcel Fontaine remet clairement en question le résultat de la comparaison : « L'on présume que celui qui contracte pour son usage privé est moins compétent que son partenaire, ou qu'il se trouve dans un état d'infériorité économique. Pareille situation est sans doute fréquente, mais elle est loin d'être générale »[1233].

Si la qualification du besoin ne pose pas de problème lorsqu'un père de famille achète de la nourriture pour ses enfants ou qu'un entrepreneur en bâtiment se procure des matériaux pour la construction de l'édifice d'un client, c'est encore dans une zone intermédiaire que bon nombre de questions se soulèvent et permettent de douter du bien-fondé de l'opposition consommateur-commerçant.

Tant au Québec qu'en France, la jurisprudence et la réflexion doctrinale dans ce domaine sont abondantes et hésitantes. Nicole L'Heureux pose la question en ces termes : quand le commerçant « contracte pour l'utilité de son commerce, non pour ce qui fait l'objet même de son commerce »[1234] est-il protégé par le droit de la consommation en général et en particulier par la *Loi sur la Protection du consommateur*?

Les tribunaux français ont eu à se prononcer sur le cas, comme celui évoqué par Nicole L'Heureux, d'un commerçant qui avait fait installer un système d'alarme dans sa boutique. Dans cette affaire, un agent immobilier avait signé avec la société d'installation du système d'alarme un contrat contenant une clause attribuant à celle-

---

[1232] *Massa Couvreurs ltée* c. *Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 465 J.E. 97-324 (C.S.), juge Piché.

[1233] *Supra* note 983 à la p. 620.

[1234] *Supra* note 1200 à la p. 33.

Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz présentent le problème en termes presque identiques. Ils parlent des problèmes soulevés par les professionnels qui « agissent dans un but professionnel mais "en dehors de leur spécialité" ». (*Supra* note 1191 à la p. 10). On notera au passage que le dernier terme remplace l'expression « compétence professionnelle » utilisée auparavant par ces auteurs. (Voir J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1996 à la p. 8).

ci une obligation de moyens et non de résultat. À l'occasion d'un problème lié au système, l'argument a porté sur le contenu du contrat, sur la clause relative à l'obligation de l'installateur. Si en matière de système d'alarme, l'agent immobilier était certainement profane, on ne peut en dire autant dans le domaine contractuel. Pourtant, pour les juges d'appel, « l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et [Pigranel], relativement au contenu du contrat en cause était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »[1235].

La Cour de cassation a tenu le même raisonnement à propos d'un agriculteur qui s'était rendu acquéreur d'un extincteur à la suite d'un démarchage à domicile, en considérant qu'en la matière, l'agriculteur était dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur. L'extincteur n'entrait pas dans le cadre de son activité, « activité qui lui donnerait les compétences pour apprécier l'opportunité de cet achat, comme il pouvait le faire pour des achats de semence, d'engrais ou de matériel agricole; […] un agriculteur avait droit à la même protection qu'un particulier pour toute offre à lui faire sortant du cadre spécifique de son activité »[1236].

En opposition à de telles conclusions, Nicole L'Heureux résout le problème par la théorie de l'accessoire, ce qui l'amène à exclure le professionnel de la catégorie des consommateurs et donc de la protection dont ces derniers bénéficient : « …[L]a théorie de l'accessoire […] en droit privé, permet de qualifier de commerciales les opérations accessoires d'un commerce, comme l'achat de mobilier ou d'équipement »[1237]. Le Français Jean-Pierre Chazal a lui, aussi, une conception

---

[1235] Cass.civ. 1re, 28 avril 1987, *supra* note 1210.

[1236] Cass. civ 1re, 6 janvier 1993, D. 1993 237; JCP 1993.II.22007.

[1237] *Supra* note 1200 à la p. 33. Signalons au passage qu'en matière de crédits, le professionnel est toutefois considéré comme un consommateur par l'effet *a contrario* de l'article 8 L.p.c.

stricte de la protection du consommateur : « Quel que soit le critère retenu, toute extension de la protection consumériste aux professionnels est illogique »[1238].

Rejetant ces positions, Marie-Stéphane Payet, dont nous partageons le point de vue, conclut :

> À situations comparables, il n'y a, en effet, nous semble-t-il, pas lieu d'appliquer des règles différentes. La conception de [Jean-Pierre Chazal] repose sur la considération de la finalité consumériste des règles, incompatibles avec une protection des professionnels. Mais cette finalité n'a, en elle-même, aucun sens; ce sont les principes juridiques mis en œuvre par les règles qui doivent être considérés[1239].

[1238] J.-P. Chazal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », note sous Paris, 3 juill. 1998, D. 1999, J. à la p. 252.

Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz adoptent eux aussi la conception stricte. (Voir *supra* note 1191 à la p. 10 et s.). Au contraire, pour Didier Ferrier, la conception large « semble plus cohérente au regard des objectifs du droit de la consommation ». (Voir *supra* note 1206 à la p. 14). Et un auteur note que, bien que la Cour de cassation ait affirmé, en 1995, que « la qualité de professionnel ne constitue plus en elle-même une cause d'exclusion du bénéfice de l'article L. 132-1 », l'incertitude demeure. (Voir G. Paisant, « La protection par le droit de la consommations » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud *supra* note 980 17 à la p. 26 et s.)

[1239] *Supra* note 1219 à la p. 65, note 4.

Même en admettant l'existence du consommateur, on peut s'interroger sur la nécessité et l'utilité d'un droit de la consommation en tant que matière autonome. (Voir à ce sujet N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Thèse Strasbourg III, 1998 et J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II, 1996, cités dans M.-S. Payet, *supra* note 1219).

Marie-Stéphane Payet s'interroge également sur la valeur des codes de la consommation, qui n'ont de codes que le nom : « La valeur d'un outil se mesure à la fin qu'on lui assigne. […] Il faut reconnaître au procédé de codification compilation l'intérêt qui est le sien – on y trouve les règles juridiques – tout en se gardant de conférer à ce procédé une valeur qui n'est pas la sienne. La codification compilation ne met pas en ordre les règles du droit positif ni ne révèle leur cohérence ». Il ne faut conférer à ce procédé aucune « valeur substantielle » mais il faut « lui reconnaître l'utilité qui est effectivement la sienne : rassembler, autour d'un thème commun, des règles de droit » (*Ibid*. aux pp. 445-446).

Dans un domaine qui nous intéresse particulièrement, on pourrait faire exactement la même remarque à propos du récent Code de la communication (J. Huet et H. Maisl, dir., *Code de la communication*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 2001). Au surplus, même le fil conducteur de cet ouvrage, qui réunit des extraits de diverses législations, n'est pas évident. Il entend couvrir plusieurs sujets : la presse, le cinéma, l'audiovisuel, la poste et les télécommunications, l'internet et le droit de l'information. À première vue, les extraits choisis peuvent avoir un rapport avec la communication – c'est le « thème commun » dont parle Marie-Stéphane Payet mais qui, en l'occurrence, gagnerait certainement à être défini – comme l'indiquent les différentes rubriques : la liberté d'expression, les médias, les infrastructures de communication, l'information. Le tout consiste en un ensemble hétéroclite où se côtoient des dispositions du Code des impôts et l'article premier (« Liberté de conscience »), les articles 12 à 14 (« Des édifices et des cultes ») de la Loi du 9 décembre 1905, concernant la séparation des églises et de l'État. Sans parler des dispositions du Code général des collectivités territoriales classant les bibliothèques en trois catégories, celles classées, celles soumises à un contrôle technique et permanent et celles pouvant être soumises à des inspections prescrites par l'autorité supérieure. Pour reprendre l'expression de Marie-Stéphane Payet, la « communauté » des principes rassemblés ici n'est pas évidente. Les auteurs souhaitaient-ils, selon les mots de Georges Védel, « simplifier l'appréhension des règles en les réunissant dans un *corpus* à visée utilitaire »? (G.

C'est par la préférence donnée à la conception souple, au critère subjectif, que Didier Ferrier aboutit à une conclusion équivalente : « si la protection est justifiée par la situation de faiblesse du cocontractant peu importe la finalité de l'acte que celui-ci accomplit; le professionnel agissant "*en dehors de sa compétence professionnelle*" mérite alors d'être protégé »[1240].

Que l'on utilise le critère subjectif ou le critère objectif, l'existence du consommateur n'est pas juridiquement évidente[1241] et le fondement de sa protection semble fragile et artificiel. Une certaine inégalité entre des contractants, la supériorité économique de l'un peuvent engendrer des déséquilibres contractuels inadmissibles[1242]. Ce sont ces situations « injustes » que le droit doit éventuellement sanctionner, peu importe la qualité de leurs auteurs ou le but de la relation. Même en admettant un déséquilibre entre des contractants, le droit n'interdit pas ce genre de relation. Aucun texte de loi ou aucun code n'empêche une partie forte de contracter avec une partie faible ou vis versa. En revanche, ce que le droit doit surveiller, c'est que l'une des parties ne profite pas de sa supériorité ou de son expérience pour obliger son partenaire de façon déraisonnable.

1.2 Protection du consommateur et territorialité

Nous venons de voir qu'il est possible de douter de l'existence du consommateur. Qu'en est-il sur le plan international? Ces doutes se dissipent-ils ou au contraire augmentent-ils? En d'autres termes, le droit accorde-t-il une protection

---

Védel, « Le droit économique existe-t-il? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Collection Travaux et recherches de L'I.P.A.-I.A.E. de Toulouse, 1981, 768). Il n'est pas sûr que le code de la communication rende la compréhension de la matière plus claire ni le maniement des règles plus simple.

1240 *Supra* note 1206 à la p. 14. [Les italiques sont dans le texte original]

1241 Marie-Stéphane Payet, parlant du droit de la consommation, évoque « son introuvable sujet. » (*Supra* note 1219 à la p. 445).

1242 Denis Mazeaud recommande de faire preuve de nuance lorsqu'on évoque la « proportionnalité » contractuelle : « Si l'égalité contractuelle est une lubie à laquelle le droit n'a rien à gagner, le déséquilibre manifestement excessif, fruit de l'arbitraire contractuel, est une injure au concept même du contrat qu'il convient donc de combattre avec énergie mais discernement. » (*Supra* note 1145).

particulière à cet individu lorsque les contrats qu'il passe en vue de ses achats comportent un élément d'extranéité?

Les mécanismes qui permettent de mettre en œuvre les règles protectrices du consommateur, qu'il s'agisse de lui « facilite[r] l'accès à la justice »[1243] ou d'appliquer la loi la plus favorable à sa condition, ne sont efficaces qu'en cas de lien étroit entre son territoire et le contrat. Dès que le consommateur dépasse les frontières de son territoire sur sa propre initiative[1244], il redevient en somme un contractant comme un autre.

La doctrine s'est emparée de cette distinction, entre autres prévue par la Convention de Rome et que l'on retrouve au *Code civil du Québec*[1245], pour créer des catégories parmi les consommateurs. Ainsi, ceux qui contractent chez eux sont qualifiés de « passifs », ceux qui dépassent les frontières de leur pays sont appelés « actifs ». En plus de la connotation négative du terme appliqué au premier type de consommateurs, à notre avis, ces adjectifs décrivent mal les situations auxquelles ils entendent faire référence.

En quoi réside l'action ou l'inaction de la personne qui contracte pour des fins personnelles? Évidemment pas dans le fait de se lier contractuellement puisque, par définition, en raison de l'autonomie de la volonté, personne ne peut se faire imposer un contrat et il est difficile de concevoir un « contractant passif ». En outre, dans les deux cas qui nous occupent, fondamentalement, la volonté de conclure une convention dans le but de se procurer un bien, si elle existe[1246], est identique.

[1243] F. Pocar, *supra* note 427 à la p. 399.

[1244] Sur les difficultés soulevées par les notions d'initiative et de déplacement dans le cyberespace et en particulier les travaux du GEDIP sur ces questions, voir ci-dessous à la p. 425 et s.

[1245] Convention de Rome, *supra* note 365 art. 5 §2 et art. 3117 C.c.Q.

[1246] Nicole Chardin en doute : « Le contrat de consommation n'est […] pas un contrat a priori volontaire. Un déterminisme naturel existe dans ce domaine. Le choix du consommateur ne peut être qualifié systématiquement de volontaire car il est faussé par le jeu des forces internes [entre autres, habitude, désir et passion]. À ce déterminisme naturel et interne vient s'ajouter un déterminisme plus artificiel. Des forces externes [provenant de la

Peut-être la distinction proviendrait-elle de la démarche préalable à la conclusion du contrat. Avant même d'exprimer sa volonté, le consommateur aurait-il souhaité entrer en contact avec le pollicitant? L'activité serait alors liée à la notion de sollicitation. Serait passif le consommateur qui aurait été approché, sollicité par un commerçant. Il faut remarquer que ni les rédacteurs de la Convention de Rome ni le législateur québécois n'ont choisi de faire référence à la sollicitation, contrairement, par exemple, à ce dernier lorsqu'il définit le commerçant itinérant :

> Un commerçant itinérant est un commerçant qui, en personne ou par représentant, ailleurs qu'à son adresse :
>
> *a*) sollicite un consommateur déterminé en vue de conclure un contrat […][1247].

Ils ont au contraire employé des termes au contenu juridique précis[1248]. Pour que les règles protectrices du consommateur soient appliquées malgré une élection de droit, le *Code civil du Québec* impose qu'il ait eu connaissance, au lieu de sa résidence, d'une « offre spéciale »[1249]. La notion d'offre en droit civil québécois n'ayant qu'une acception, le Code fait donc référence à la première étape de la « double opération »[1250] menant à l'échange des consentements. L' « activité » reposerait donc sur le fait de présenter l'offre, qui, par essence « [émane] de la personne qui prend l'initiative du futur contrat »[1251], la « passivité » sur celui de l'accepter.

La Convention de Rome utilise un autre langage puisqu'elle parle de « proposition ». L'ambiguïté du terme, au regard du droit civil, peut être gênante.

---

société et du cocontractant] peuvent perturber l'autonomie de la volonté du consommateur. » (N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J., 1988 à la p. 37).

[1247] Art. 55 L.p.c. Voir également art. 20, 57, 229 L.p.c.

[1248] La sollicitation ne correspond à aucun concept juridique.

[1249] Art. 3117 C.c.Q.

[1250] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 184.

[1251] *Ibid*.

Toutefois, si l'on en croit le *Vocabulaire juridique*, il s'agit bien d'une offre puisque le terme « désigne […] le fait de soumettre à autrui un acte de son cru (l'initiative de la proposition) […] »[1252]. Les Principes européens assimilent également offre et proposition dans la mesure où celle-ci est « indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation » et où elle « renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé »[1253]. Les Principes européens définissent même la « proposition » comme celle à laquelle on pense à la lecture de l'article 5 de la Convention de Rome :

> La proposition, faite par un fournisseur professionnel, dans une publicité ou un catalogue ou du fait de l'exposition de marchandises, de procurer des biens ou services à un prix fixé, est censée constituer une offre de vendre ou de procurer les services à ce prix jusqu'à épuisement du stock de marchandises ou des possibilités de rendre le service[1254].

Le rapport de Mario Guiliano et Paul Lagarde confirme que c'est bien dans ce sens qu'il faut entendre le terme.

> Le premier tiret [de l'article 5 § 2] traite de situations dans lesquelles le commerçant a fait des démarches pour vendre ses objets mobiliers corporels ou services dans le pays où réside le consommateur. Il doit, entre autres, couvrir les ventes par correspondance et le démarchage. Le commerçant doit donc avoir fait certains actes tels que la publicité par la presse ou la radiotélévision ou par le cinéma, par catalogues spécialement dirigés vers ce pays, ou bien il doit avoir fait des propositions d'affaires individuellement par le biais d'un agent ou colporteur. Si par exemple un Allemand conclut un contrat en répondant à une annonce publiée par une société française dans un journal allemand, ce contrat est couvert par la règle spéciale[1255].

[1252] G. Cornu, *supra* note 44 à la p. 685.

[1253] Art. 2:201 P.E. Bien qu'ils ne concernent pas les contrats entre consommateurs, signalons que la Convention de Vienne et les Principes Unidroit comportent des définitions équivalentes (art. 14 CVIM; art. 2.2. P.U.).

[1254] Art. 2 :201 § (3).

[1255] M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

La « proposition » de la Convention de Rome est donc bien une « proposition de contracter » et non une simple invitation à contracter. D'ailleurs, remarquons que le Code français de la consommation, transposant la disposition de la Convention de Rome, a remplacé la « proposition » par l' « offre »[1256]. À l'inverse, le projet de Convention de La Haye[1257] dans ses dispositions sur les contrats conclus par les consommateurs, a retenu une notion assez vague, celle de « promotion ou [de] négociation de contrats »[1258].

Établir l'activité en fonction des étapes de la formation de la relation contractuelle constitue selon nous un non-sens. En cas de vente à la consommation, il n'existe jamais d'acheteur actif puisque le consommateur est toujours en position d'acceptant[1259].

La lecture de l'article 5 de la Convention de Rome ou de l'article 3117 C.c.Q. indique qu'ils aménagent des règles particulières pour les consommateurs qui restent à l'intérieur de leur territoire national et qui y contractent avec un commerçant étranger[1260]. Deux spécialistes français du droit de la consommation interprètent ainsi l'article 5 de la Convention de Rome. Il distingue, disent-ils, « deux catégories de contrats de consommation, selon que l'initiative de franchir la frontière a été prise par le professionnel ou par le consommateur […] »[1261]. Ce qui fait donc la différence entre

---

[1256] Art. L 121-75. Lorsque cela est nécessaire, le texte législatif français utilise le terme « sollicitation ». On constate alors qu'il ne peut être synonyme d' « offre ». (voir art. L 122-9).

[1257] *Supra* note 127.

[1258] Art. 7. Rappelons que cet article en lui-même n'a pas encore fait l'objet d'un consensus.

[1259] De plus, en termes de « sollicitation », la distinction entre consommateur actif et passif est peut-être mal fondée. En effet, on peut estimer que rares sont les achats de biens de consommation qui relèvent de la seule initiative du consommateur, en dehors de toute sollicitation. Nicole Chardin remarque que « [l]a morale de notre société, c'est consommer encore et toujours. Cela relève du devoir social. Notre économie ne peut fonctionner que sur ce modèle. Une manipulation mentale des individus les force à ces contrats de consommation. Ces forces sociales ont pour résultat la lobotomie du consommateur. » Elle parle alors de « l'absence d'autonomie du consommateur ». (*Supra* note 1246 aux pp. 37, 38).

Le fait que l'offre ou la proposition soit « spéciale » ne change rien au sens juridique des termes. Cela signifie simplement qu'elle a été adressée exprès à son ou à ses destinataires.

[1260] En fait, la même règle s'applique si le consommateur et le commerçant relèvent du même ordre juridique par le jeu des articles 3 et 5.

[1261] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *supra* note 1191 aux pp. 43-44.

une situation et l'autre, ce sont les déplacements du consommateur[1262]. Le consommateur passif ne se déplace pas pour prendre connaissance d'une offre étrangère et il ne se déplace pas pour signer le contrat[1263]. À l'inverse, le commerçant est actif lorsque, réellement ou fictivement[1264], il s'est introduit dans le pays du consommateur. Les rapporteurs de la Convention de Rome illustrent ainsi la différence entre commerçant actif et commerçant non actif :

> Si […] un Allemand répond à une annonce parue dans des journaux américains, même s'ils sont vendus en république fédérale d'Allemagne, la règle en question ne s'applique pas, à moins que l'annonce ne soit parue dans les éditions spéciales de ce journal destinées aux pays européens. Dans ce dernier cas, le vendeur aura effectué une publicité spéciale destinée au pays de l'acheteur[1265].

Puisque le fondement principal de ces dispositions est le fait que le consommateur ne se soit pas sorti de chez lui, on aurait pu penser à des adjectifs plus évocateurs, plus liés à la notion de déplacement[1266].

Quoiqu'il en soit, « le consommateur actif, qui effectue une démarche positive pour conclure un contrat transfrontière ne peut pas […] bénéficier »[1267] des règles protectrices. Seuls les consommateurs passifs sont protégés car ils « semblent être considérés comme étant moins avertis que ceux qui se déplacent ou prennent

---

[1262] Catherine Kessedjian, réfléchissant à la vraisemblable internationalité du contrat cyberspatial, observe : « Auparavant, les chances qu'un contrat de consommation puisse être un contrat international étaient très faibles, dans la mesure où le contrat de consommation était, jusqu'à maintenant, un contrat de proximité par excellence. La plupart du temps, d'ailleurs, les règles de protection du consommateur ne s'appliquaient pas au consommateur qui se déplaçait dans pays étranger. » (*Supra* note 11 à la p. 81).

[1263] Marc Fallon introduit une autre catégorie : le consommateur « semi-passif ». Il qualifie ainsi celui qui, par exemple, reçoit une offre au lieu de sa résidence mais va à l'étranger pour conclure le contrat. Voir M. Fallon, « Les clauses abusives dans les contrats transfrontières », 20ème atelier de la consommation : les clauses abusives, Paris, 25 octobre 2001, en ligne : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/consommation/ateliers_conso/atelier20.htm#bouscharain> (consulté le 18 juin 2002).

[1264] Le texte de la Convention de Rome a été élaboré à une époque où les seules façons de s'introduire « chez » quelqu'un étaient soit de s'y rendre, soit d'utiliser un moyen de communication, comme le courrier ou le téléphone.

[1265] M. Giuliano et P. Lagarde, *supra* note 355.

[1266] Pourquoi pas « sédentaire » et « mobile »?

[1267] H. Bureau, *supra* note 307 à la p. 230.

l'initiative de la conclusion du contrat »[1268]. L'un des arguments habituellement avancés pour justifier l'application des règles impératives en faveur de la partie faible aux termes de l'article 5 de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q. est qu'elle ne doit pas risquer, dans une relation transnationale, d'être soumise à un droit qu'elle ignore. Cela signifie que le consommateur est en danger lorsqu'il contracte chez lui avec un cocontractant étranger. Si le fondement de la règle est exact, elle devrait s'appliquer *a fortiori* lorsque le consommateur sort de sa sphère juridique. En adoptant un point de vue pro-consumériste, on peut penser que la distinction entre consommateur actif et consommateur passif est incohérente. Un consommateur reste, quelle que soit son attitude, un être faible nécessitant protection[1269]. On serait presque tenté d'ajouter qu'il mérite d'autant plus protection qu'il s'aventure en terrain étranger, inconnu[1270].

Cependant, il va sans dire qu'une solution consistant à attacher ses règles protectrices au consommateur lors de ses déplacements serait impraticable pour les commerçants en termes de prévisibilité de la loi applicable. Les dispositions sur lesquelles nous nous penchons actuellement sont au moins aussi bénéfiques pour les professionnels que pour les consommateurs. Grâce à elles, ceux-là savent, ou ont les moyens de savoir, qu'en contractant sur tel territoire avec un simple particulier, celui-ci va bénéficier de la protection assurée par les règles de ce territoire.

[1268] *Ibid*.

[1269] Adoptant ce point de vue, un auteur estime qu'il constitue « un argument de poids ». (N. Houx, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1re partie) », (2001) 43 P.A., en ligne : <http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/> consulté le 29 mai 2002).

[1270] Le principe repose au contraire sur le fait que « si le consommateur a effectué une démarche active auprès du commerçant, [cette] démarche volontaire et délibérée […] serait en effet en mesure de faire présumer que celui-ci a consenti aux stipulations du commerçant ». (V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 269). Il s'agit, à notre avis, d'une présomption très contestable. D'abord, dans tous les cas, conclure un contrat, c'est, par définition, consentir aux stipulations du cocontractant. Quant à la *connaissance* des stipulations, il nous semble que dans la mesure où le commerçant est étranger, elles risquent de ne pas être familières au consommateur, que le commerçant reste ou non dans son pays. Fait aggravant, le commerçant qui sollicite des clients dans leurs pays va, selon toute vraisemblance, s'exprimer dans leur langue alors que si le consommateur se déplace, on pourra, au contraire, justement présumer qu'il lui est difficile de comprendre les stipulations du commerçant.

Le consommateur, lorsqu'il sort de sa sphère juridique, risque de ne jouir d'aucune protection particulière[1271] parce que les lois du type de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas des lois d'application immédiate. Celles-ci sont les lois dont « l'observation sociale est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »[1272]. Patrick Glenn estimant que, dans certaines situations, « l'existence d'une loi d'application immédiate est […] discutable »[1273] donne précisément l'exemple de la *Loi sur la protection du consommateur* :

> Le but particulier d'une telle loi commande-t-elle son application extra-territoriale? […] Faute d'indications plus précises de son but particulier, la jurisprudence au Québec tend actuellement à rejeter l'application impérative de la *Loi sur la protection du consommateur* dans des situations présentant un élément d'extranéité[1274].

La Cour supérieure a eu à se prononcer, en 1991, sur la nature de la *Loi sur la protection du consommateur* à propos d'un contrat de location d'une automobile[1275]. Le requérant, qui résidait au Québec, avait signé le contrat en Ontario. Alors que le requérant n'avait effectué aucun versement mensuel et qu'il refusait de remettre le véhicule, la société a institué des procédures en revendication. Le requérant contestait l'action au motif que l'avis requis en vertu de la *Loi sur la*

[1271] Si ses lois protectrices ne suivent pas systématiquement le consommateur, elles peuvent parfois être appliquées par un tribunal autre que celui de sa résidence. Prenons l'exemple d'une personne résidant dans un pays X mais domiciliée au Québec. Dans son pays de résidence, elle reçoit une offre d'un commerçant étranger, accompagnée d'une clause d'élection de droit. Le consommateur conclut le contrat dans le pays X. En vertu de l'article 3149 C.c.Q., il a le droit de saisir le tribunal québécois. Celui-ci, par le biais de l'article 3117 C.c.Q., sera amené éventuellement à appliquer au contrat de consommation les mesures protectrices étrangères du pays X.

En outre, il serait faux de croire qu'un consommateur « actif » est totalement dépourvu de protection. Il est fort possible que la loi applicable, même si ce n'est pas « la sienne », contienne des dispositions protectrices de la partie faible. À ce propos, Ana Palacio met en garde contre « d'évidentes arrière-pensées “nationalistes” selon lesquelles la loi et le juge du pays du consommateur seraient par nature les mieux à même de le protéger. » (*supra* note 1144 à la p. 46).

[1272] Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », (1966-1969) Trav. comité fr. dr. int. privé 149 à la p. 165.

[1273] *Supra* note 377 à la p. 679.

[1274] *Ibid*. aux pp. 679-680. Plus loin, Patrick Glenn insiste : « et même le caractère impératif d'une loi sur le plan interne n'est pas concluant sur le plan international (l'exemple évident étant la législation sur la protection du consommateur). » (*Ibid*. à la p. 680).

[1275] *Belisle National Leasing* c. *Bertrand*, [1991] R.J.Q. 194.

protection du consommateur ne lui avait pas été adressé. Le tribunal admet que la loi invoquée est d'ordre public et qu'on ne peut y déroger. Toutefois, il souligne la différence entre l'ordre public interne et l'ordre public international : « Ce qui est contraire à l'ordre public interne ne l'est pas nécessairement à l'ordre public international ». En l'occurrence, le contrat était régi par l'article 7 du *Code civil du Bas-Canada*[1276] et comme il était conforme aux exigences de la loi du lieu de conclusion, la loi ontarienne, c'est cette loi que le juge devait appliquer. Elle n'aurait pu être écartée que si elle avait été « manifestement incompatible avec l'ordre public québécois établi dans les relations internationales »[1277].

On remarque que la cour supérieure fonde principalement son analyse sur la question de l'ordre public. Comme l'écrivait Jean-Gabriel Castel à propos de l'application des lois d'application immédiate,

> on se trouve presque dans la même situation que lorsque l'ordre public est invoqué pour évincer l'application de la loi étrangère normalement compétente, car les lois de police sont essentiellement des lois d'ordre public qui s'imposent également aux situations internationales. Les deux notions se recoupent si on les prend chacune dans son acception large[1278].

Rappelons la différence entre les deux procédés. Les lois d'application immédiate s'imposent d'elles-mêmes, elles « ne [requièrent] pas la médiation d'une règle de conflit de lois »[1279]. La vérification du respect de l'ordre public intervient, lui, en aval de la mise en œuvre des règles de « conflits de lois ». Ce n'est qu'une fois la loi applicable déterminée par ce mécanisme qu'elle sera éventuellement évincée au nom de l'ordre public. Le jugement de la Cour supérieure dans *Belisle* illustre parfaitement le raisonnement à tenir dans un tel cas et qui comporte en somme trois

---

[1276] « Les actes faits ou passés hors du *Bas Canada* sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les loi du lieu où ils sont fais ou passés ».

[1277] *Belisle National Leasing* c. *Bertrand*, *supra* note 1275.

[1278] J.-G. Castel, *supra* note 81 à la p. 95.

[1279] B. Ancel et Y. Lequette, *supra* note 50 à la p. 505.

étapes. La première consiste à se demander si la loi invoquée est d'application immédiate. La deuxième, si la réponse précédente est négative, nécessite de se livrer à la détermination de la loi applicable selon les règles de droit international privé du for. La troisième oblige à vérifier si la loi ainsi déterminée contrevient à l'ordre public du for.

Dans un contrat de consommation transnational, deux situations peuvent se présenter. Si le contrat transnational impliquant un consommateur et un commerçant ne comporte pas de clause d'élection de droit, l'autorité saisie d'un différend mettra en jeu les mécanismes habituels du droit international privé. Ils pourront ou non l'amener à faire application du droit du consommateur. Si le contrat comporte une clause de rattachement normatif et que le contrat a été conclu dans un pays étranger au consommateur, les règles protectrices de ce dernier ne s'imposeront pas.

Illustrons les divers cas de figure par l'application des règles du *Code civil du Québec*[1280] dans le cadre d'une vente à la consommation d'un bien meuble corporel, en mettant en scène des acteurs québécois (Q) et français (F).

[1280] On suppose que le litige sera porté devant un juge québécois. En vertu de l'article 3149 C.c.Q., il aura compétence si le consommateur domicilié en France réside au Québec.

Situation	Droit applicable
1. consommateur Q + commerçant Q, contrat conclu au Q, sans élément d'extranéité, avec désignation de droit étranger par les parties (article 3111 al. 1 C.c.Q.)	droit québécois (articles 3117 al. 1 C.c.Q. et 3111 al. 2 C.c.Q.)
2. consommateur Q + commerçant F	
2.1 Le contrat a été conclu au Québec[1281]	
a)Les parties ont désigné le droit français applicable	droit français ou droit québécois si le juge estime qu'il offre plus de protection au consommateur (article 3117 al.1 C.c.Q.)
b)Les parties n'ont pas désigné de droit applicable	droit québécois (article 3117 al. 3 C.c.Q.)
2.2 Le contrat en dehors du Québec	droit français (article 3114 al. 1 C.c.Q.)
3. Consommateur F + commerçant Q	
3.1 Le contrat a été conclu en France	
a) Les parties ont désigné le droit québécois applicable	droit québécois ou droit français si le juge estime qu'il offre plus de protection au consommateur (article 3117 al.1 C.c.Q.)
b) Les parties n'ont pas désigné de droit applicable	droit français (article 3117 al. 3 C.c.Q.)
3.2 Le contrat a été conclu en dehors de France	droit québécois (article 3114 al. 1 C.c.Q.)

Tableau 1: application de la loi du consommateur

Il ressort de ce tableau que le seul cas où le consommateur est certain de bénéficier de la protection de ses règles nationales, en dehors, bien sûr, du contrat ne contenant aucun élément d'extranéité, est celui où il contracte au lieu de sa résidence avec un commerçant étranger qui lui a présenté l'offre en ce lieu et où les

parties n'ont pas effectué de choix de loi. Dès qu'il sort de chez lui, la protection tombe : « [l]e simple fait pour le consommateur résidant au Québec de conclure un contrat de consommation à l'étranger n'assure pas l'application des règles protectrices de la législation québécoise »[1282].

La Convention de Rome, dont s'est d'ailleurs inspiré le *Code civil du Québec* en cette matière, aboutit par le jeu de son article 5, à des résultats comparables.

En France, la situation a quelque peu changé depuis 1995 soit depuis la transposition en droit français de la directive européenne sur les clauses abusives[1283]. Celle-ci indique à l'article 6 § 2 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres »[1284].

[1281] La « conclusion du contrat » au Québec résume les exigences du premier paragraphe de l'article 3117 C.c.Q.

[1282] P. Glenn, *supra* note 377 à la p. 726. Précisons qu'en raison du partage des compétences au Canada, en matière de relations commerciales privées, chaque province est considérée, sur ce plan, étrangère aux autres. Pour une illustration de ce principe, voir, par exemple, *Belisle National Leasing* c. *Bertrand*, supra note 1275.

[1283] *Supra* note 179 et, en France, *Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial* (JO(RF) du 2 février 1995, p. 1755).

Ces règles remplacent celles contenues à la Convention de Rome en vertu de son article 20: « La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes. »

[1284] Signalons également que la Directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance comporte une disposition du même type. (*Supra* note 1108). À ce jour, elle n'a pas encore été transposée en droit français.

Si les clauses abusives et les problèmes spécifiques posés par les contrats conclus à distance sont liés au besoin de protection du consommateur, il n'y a qu'à consulter le Code de la consommation pour constater qu'ils n'en constituent que quelques aspects. Par conséquent, les règles de conflit varient selon la matière invoquée. Lorsque le consommateur conteste une clause abusive (ou qu'il invoquera un problème dans le cadre d'un contrat conclu à distance), la règle de conflit est régie par l'article L.132-1. Si la contestation porte sur un autre sujet, il y aura lieu de se référer à l'article 5 de la Convention de Rome. Dans le premier cas, le juge écartera systématiquement la loi étrangère alors que dans le second, il déterminera laquelle est la plus favorable au consommateur. Il se peut qu'il s'agisse justement de la loi étrangère.

La règle de conflit a été transposée ainsi en France: « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L.132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté »[1285].

Étant donné les termes de l'article L. 135-1, la nature des règles de protection rend nécessaire

> leur application à tous les consommateurs résidant sur le territoire, nonobstant la soumission du contrat, par la volonté des parties, à une loi étrangère moins protectrice : le but de protection des règles ne doit pas pouvoir être tenu en échec par la seule volonté des cocontractants. <u>Le caractère de lois de police reconnu à ces dispositions</u> viendra donc ici corriger le trop grand libéralisme de la règle de conflit bilatérale, qui déclare applicable aux contrats la loi choisie d'un commun accord par les parties[1286].

Le régime ainsi instauré par le droit français est plus protecteur qu'en vertu de la Convention de Rome puisque maintenant il suffit que le consommateur soit

---

[1285] Article L.135-1. [L'article L.132-1 est celui qui prévoit la protection des consommateurs contre les clauses abusives].

Lors d'une conférence tenue en 1999 à Bruxelles sur *La Directive « clauses abusives », cinq ans après*, deux fonctionnaires soulèvent la question des divergences de transposition. À cette époque, certains pays « avaient transposé […] de manière incomplète l'article 6, paragraphe 2, puisqu'ils ne garantissent la protection des dispositions de la directive que lorsque le contrat présente un lien avec leurs territoires respectifs. Par conséquent, les juridictions de ces États, face à un contrat présentant un lien avec le territoire d'un autre État membre, risquent d'appliquer dans une telle hypothèse la loi étrangère choisie par les parties et de ne pas accorder au consommateur, par conséquent, la protection voulue par l'article 6, paragraphe 2. » (M. Tenreiro et E. Ferioli, « Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE » dans *supra* note 1191, 18 à la p. 20).

À peu près à la même époque, Catherine Kessedjian notait elle aussi que les pays européens ont transposé la directive sur les clauses abusives de diverses façons : « [C]haque État ajoute certaines précisions ou même modifie la règle de telle manière qu'elle ne correspond plus à celle de la directive ». Si la France prévoit que la loi doit être celle « d'un État n'appartenant pas à l'Union européenne », en Allemagne, « la disposition [est] applicable quelle que soit la loi étrangère désignée ». (C. Kessedjian, « La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après », dans J. Basedow *et al.*, dir., *Private Law in the International Arena – Liber Amocrum Kurt Siehr*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2000, 329 à la p. 333).

Mentionnons que l'Allemagne s'était alors engagée à modifier sa législation afin de la rendre conforme à la Directive européenne.

[1286] P. Mayer et V. Heuzé, *supra* note 36 aux pp. 83-84. [Nous soulignons]

domicilié dans un État de la communauté et que le contrat y soit proposé, conclu ou exécuté pour qu'il bénéficie de la protection contre les clauses abusives[1287].

On constate donc que la protection accordée à la partie faible est intimement liée au territoire de l'État dont elle émane. Les règles nationales s'appliquent uniquement si le consommateur est partie à un contrat international qu'il conclut à son lieu de résidence ou de domicile. Le droit a par conséquent une vision très « sédentaire » du consommateur puisqu'il n'envisage pas qu'il se déplace pour conclure à l'étranger[1288].

On ne peut donc pas parler de protection du consommateur « réellement » international, de la même façon qu' « à l'heure actuelle, il est impossible de parler d'un droit international de la consommation »[1289]. D'ailleurs, si la consommation transnationale existait, il y a tout lieu de penser que des textes internationaux lui seraient spécifiquement consacrés. Or il n'en est rien. Au contraire, certains excluent expressément les rapports de consommation de leur champ d'application, comme la Convention de Vienne ou les Principes Unidroit[1290]. Les textes à vocation internationale, ou régionale, qui en font mention, sont insatisfaisants. Ainsi,

> [l]es règles de la Convention de Rome ne permettent pas de protéger efficacement le consommateur transfrontière. Elles ont été élaborées pour régir des relations entre personnes se situant sur un pied d'égalité et font une large part au principe d'autonomie de la volonté. Les règles relatives aux lois de police ne permettent pas vraiment de rééquilibrer cette relation, la loi du pays de résidence du consommateur ne pouvant être déclarée applicable que lorsqu'elle

---

[1287] Pierre Mayer trouve que la règle française « conduit à des résultats peu conformes au bon sens ». (*Supra* note 2 à la p. 473).

[1288] À l'heure actuelle, on ne peut certainement pas invoquer l'exception pour justifier cette ignorance du consommateur qui voyage. Il est bien connu que les individus se déplacent de plus en plus et qu'à l'occasion de leurs déplacements, ils effectuent des achats, d'importance plus ou moins grande. Nous avons déjà fait remarqué que certains consommateurs, peut-être ceux qui n'habitent pas très loin des zones frontalières, vont aussi fréquemment à l'étranger dans l'unique but d'acheter des biens pour l'usage domestique.

[1289] V. Gautrais et P.-E. Moyse, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberespace : la relation auteur / utilisateur », en ligne : <http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/09-1/01Gautrais.htm> (consulté le 2 juin 2002).

[1290] Voir également la Convention de La Haye de 1986, *supra* note 375.

> est aussi la loi du for ou, à titre de loi de police étrangère, lorsque le contrat présente avec ce pays des liens particulièrement étroits[1291].

2. Le « cyberconsommateur » n'existe pas

L'existence du consommateur repose deux fondements : d'une part, ses caractéristiques personnelles, comparées à celles de son cocontractant et d'autre part le fait que des règles particulières sont édictées à son endroit. Le consommateur n'existe que parce qu'en face de lui se trouve un plus puissant et que parce que le droit jette sur lui un regard protecteur. « Internet nous oblige à réévaluer complètement les éléments de l'analyse que nous avions tendance à considérer comme acquis », admet Catherine Kessedjian[1292]. C'est pourquoi nous allons maintenant réévaluer ces deux fondements dans le cadre des relations cyberspatiales afin de vérifier si le « cyberconsommateur » existe.

Avant de mener l'analyse, se plaçant sur le plan de la terminologie juridique, on pourrait tout de suite donner une réponse négative et considérer que le terme est un « barbarisme juridique ». Qu'est-ce que désigne un « cyberconsommateur », terme utilisés par plusieurs[1293], certes parfois entre guillemets, à quoi le préfixe fait-il référence? Si l'on considère que le cyberespace est un espace, cela revient à qualifier la partie à l'acte en fonction de sa localisation, de son environnement. Le droit s'attache habituellement à qualifier de ce point de vue des relations ou des

---

[1291] H. Bureau, *supra* note 307 à la p. 167. L'auteur estime aussi que les règles de rattachement juridictionnel « sont complexes, et ont rarement été élaborées pour s'appliquer à une relation transfrontière de consommation. » (*Ibid*. à la p. 21).

[1292] *Supra* note 36 à la p. 81.

[1293] Voir, par exemple, V. Gautrais, *supra* note 18; J. Huet, *supra* note 1132; L. Thoumyre, *supra* note 879. Voir également L. Bégin, « Les pratiques des cybermarchands québécois face aux attentes des cyberconsommateurs (2001), en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/Mon_Conseiller/Commerce_electronique/HEC_cicma01-09_fr.pdf> (consulté le 6 juin 2002); A. Hazan, « Les cyberconsommateurs et l'Europe » *Le Monde interactif* (11 octobre 2000), en ligne : <http://interactif.lemonde.fr/article/0,5611,2866--104191-0,FF.html> (consulté le 20 octobre 2000); Institut de la statistique, *supra* note 888; Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie – DGCCRF, « Le “cyberconsommateur” », 12[ème] atelier de la consommation, juin 1999, en ligne : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/consommation/ateliers_conso/atelier12.htm> (consulté le 21 juin 2002); « Le cyberconsommateur en chiffres », *supra* note 888.

situations juridiques, non des individus. Ainsi, on parle de contrat transnational, d'adoption, d'enlèvement ou de successions internationaux et non de contractant, d'enfant, de kidnappé ou d'héritier internationaux. Si le cyberespace est vu comme un moyen de communication, ici encore, le droit ignore une telle catégorisation. On ne connaît pas de contractant téléphonique ou épistolaire. Le droit, finalement, ne qualifie que ses institutions.

2.1 Les caractéristiques des acteurs

Dans le monde traditionnel, le consommateur est un être faible, face à une personne forte. Il s'agit de vérifier si cette description de chacun des antagonistes convient aux acteurs des activités commerciales cyberspatiales.

2.1.1 Augmentation de la puissance du « négociant occasionnel »

Catherine Kessedjian suggère que la notion de « consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » utilisée par la Cour de Justice des Communautés européennes[1294], serve « de cadre de référence pour les contrats électroniques »[1295].

En premier lieu, la personne qui achète ou vend dans le cyberespace, le « négociant occasionnel »[1296] est-il une personne « moyenne » ? Rien ne s'y oppose

---

[1294] C.J.C.E., 16 juillet 1998, aff. C-210/96, *Gut Springenheide GmbH*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 5 juin 2002) et C.J.C.E., 13 janvier 2000, aff. C-220/98, *Estée Lauder*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 5 juin 2002).

[1295] C. Kessedjian, *supra* note 11 à la p. 70.

[1296] Étant donné que nous remettons fortement en cause la notion de « consommateur » dans le monde virtuel, nous éviterons dans la mesure du possible d'utiliser ce terme. Quel mot, quelle expression serait la mieux à même de désigner la personne qui, dans la plupart des cas, achète des biens pour son usage personnel dans le cyberespace ? Comme nos propos portent sur la vente cyberspatiale, nous avons d'abord pensé utiliser le substantif « acheteur ». Toutefois, nous l'avons écarté car si, dans la grande majorité des cas, l'être qui nous intéresse est en position d'acheteur, il n'est pas impossible d'envisager qu'il soit vendeur. Nous ne souhaitions donc pas le limiter à une position déterminée même si nous ferons souvent référence à lui en tant qu'acheteur. Nous voulions éviter « commerçant » en raison de sa connotation particulière dans certains ordres juridiques. C'est pourquoi nous avons opté pour « négociant », terme plus neutre juridiquement qui, tout en faisant bien référence à l'activité de la vente, ne préjuge pas de la position de la partie concernée. Nous avons choisi « occasionnel » pour qualifier une activité non professionnelle. Malgré les reproches que nous avons adressés à

en théorie mais les études démontrent au contraire que parmi la foule des cybernautes, ceux qui passent à l'acte d'achat ne sont pas des « "Français moyen[s]", mais [des] urbain[s] de 25 à 45 ans, "à haut niveau d'éducation"»[1297]. Que les enquêtes aient été menées en France ou au Québec, elles tracent un profil identique du « cyberconsommateur » : homme cadre, disposant de revenus plus élevés que la moyenne et ayant fait des études supérieures[1298].

Bien que l'expression « être *normalement* informé » ne soit pas assortie de critères d'évaluation, on peut dire que l'acheteur dans le cyberespace a à sa disposition de quoi être *très* informé. En ce qui concerne l'objet de la vente d'abord, les vendeurs, pour pallier l'absence de contact physique, palpable entre le client et les produits proposés, font en général un effort particulier de présentation et de description. De plus, la plupart de sites mettent à la disposition des clients de nombreux renseignements sur la garantie, la politique de retour, etc. Il est vrai qu'ils sont plus ou moins facilement accessibles mais avec parfois un minimum d'efforts et de manœuvre, le client peut en prendre connaissance. Il est également possible pour le client d'obtenir des renseignements sur le commerçant lui-même. L'information dont disposent les clients est plus complète et plus neutre que dans le commerce traditionnel où ils reçoivent « selective bits and pieces of information about the products and subjecting themselves to the additional pressures of human […] sales people »[1299]. En dehors des informations fournies par les sites marchands eux-mêmes, les acheteurs peuvent aussi se renseigner sur les produits qui les intéressent

ce terme (voir ci-dessus à la p. 413), nous serons parfois appelée à parler du « cyberconsommateur » en utilisant les guillemets, comme nous l'avons déjà fait.

[1297] Agence France-Presse, « Après l'euphorie, le doute s'installe pour les commerces en ligne », en ligne : <http://www.multimedium.com/cgi-bin/nouvelles.cgi?Id=3677> (consulté le 7 juin 2002).

[1298] Voir notamment : « Le commerce électronique et la grande distribution en Île-de-France : l'essor des cybermarchés », *Les Cahiers du Crocis*, en ligne : <http://www.ccip.fr/eic/pdf/ecom_cybermarche.pdf> (consulté le 5 juin 2002); Institut de la statistique, *supra* note 888; L. Bégin, *supra* note 1293.

Il est intéressant de noter qu'en matière d'achats d'épicerie par le biais du Web, le « cyberconsommateur », au moins au Québec, ne correspond pas à ce profil. Le chef administratif et chef de projet Internet du marché en alimentation IGA-AGORA constate que les « cyberclients » d'IGA « ont entre 35 et 44 ans. Les femmes sont majoritaires dans une proportion de 60 %. La moyenne de salaire et le niveau d'instruction sont plus bas que chez l'internaute moyen. En résumé, le profil est, disons, plus démocratique que dans Internet en général. » (« Entrevue avec Alain Dumas » dans *Réseau CEFRIO*, *supra* note 888).

ainsi que sur la réputation du commerce par le biais de groupes de discussion ou de « *chat rooms* ». Ainsi, « par le biais des communautés virtuelles, chaque consommateur devient une source d'information pour d'autres consommateurs par le partage d'opinions, de critiques et d'évaluation à l'égard des produits et des entreprises »[1300]. Beaucoup plus rapidement que dans le monde traditionnel, un commerçant manquant de scrupule peut perdre toute clientèle. Il existe en outre des sites web spécialement dédiés à l'information.

Quant au consommateur « raisonnablement attentif et avisé », il est l'opposé du « consommateur superficiel »[1301]. Ce dernier

> ne consacre […] pas une attention suffisante aux mentions figurant sur un produit, mais il est plutôt susceptible de se laisser influencer par la couleur de l'emballage, le dessin figurant sur celui-ci, ou des slogans tellement exagérés qu'il n'est même pas nécessaire de les interdire, tels que «L'œuf qui vous mettra en forme pour toute la journée»[1302].

Au contraire, le « consommateur correspondant à un individu raisonnablement avisé, [est] capable d'enregistrer, avec un certain degré d'attention, les informations figurant sur les produits offerts à la vente »[1303]. Le consommateur averti est par conséquent celui qui ne se précipite pas, qui n'est pas impulsif.

Malgré une croyance assez répandue qui voit dans le cybernaute un « cliqueur frénétique », entraîné dans des achats réalisés facilement, les études indiquent tout le contraire. En effet, le « lèche-vitrine » est une activité importante sur le Web. En 2000, environ 35% des québécois ont utilisé l'Internet à cette fin[1304]. Le

---

[1299] American Bar Association, *supra* note 1185. [des fragments sélectifs d'information au sujet des produits et s'exposent à des pressions additionnelles des vendeurs].

[1300] « Un nouveau consommateur est né » dans *Réseau CEFRIO*, *supra* note 888 3 à la p. 4.

[1301] C.J.C.E., 16 juillet 1998, *supra* note 1294, conclusions de l'avocat général M. Jean Mischo.

[1302] *Ibid*.

[1303] *Ibid*.

[1304] Voir Institut de la statistique, *supra* note 888; L. Bégin, *supra* note 1293 à la p. 10.

« magasinage de comparaison ou lèche-vitrine virtuel » peut avoir comme seul objectif de visiter des sites ou de prendre connaissance d'offres mais également il

> permet aux consommateurs d'être plus « avertis » et de trouver la meilleure « proposition de valeur » avant d'acheter, en ligne ou hors-ligne. […] Parce que les cyberconsommateurs ne naviguent pas que sur les sites transactionnels avant d'acheter, tous les sites même ceux qui sont promotionnels ou informationnels (i.e. sur lequel on ne peut pas faire d'achat en ligne) devraient fournir le maximum d'informations utiles et pertinentes à la comparaison pour permettre au consommateur de sélectionner le meilleur choix[1305].

La propension qu'a l'acheteur à visiter de nombreux sites le distingue particulièrement du consommateur classique et a des conséquences importantes, à notre avis, sur sa prétendue faiblesse. Le principal atout du négociant individuel réside dans la technique qui lui permet de choisir facilement un interlocuteur parmi les nombreux vendeurs présents sur le Web. En quelques clics et explorations, il compare les produits, les prix et les conditions. Le responsable d'un site d'achats groupés affirme que le consommateur d'achats en ligne est « un négociateur, qui zappe jusqu'à ce qu'il trouve le bon prix», qui fait «des achats étudiés, anticipés» et collecte «beaucoup d'informations avant l'achat»[1306]. L'OCDE reconnaît « que le commerce électronique peut procurer aux consommateurs des avantages nouveaux et importants, notamment en termes de commodité, d'accès à un large éventail de biens et de services et de possibilité de rassembler et comparer des informations sur ces biens et services »[1307]. Même si il ne peut négocier avec chacun des commerçants proposant un produit qui l'intéresse, il a les moyens d'atténuer le manque de dialogue et par là sa faiblesse en mettant les commerçants en concurrence.

1305 L. Bégin, *supra* note 1293 à la p. 10. « La proposition de valeur fait référence à l'ensemble des attributs associés à un produit ou service formant l'offre de l'entreprise. La proposition de valeur permet donc à l'entreprise de se différencier par la composition particulière d'attributs incluant le prix, les spécifications techniques du produit ou du service, les conditions de vente, les délais de livraison, les garanties, les services connexes et ainsi de suite. » (*Ibid.*)

1306 « Après l'euphorie, les doutes s'installent pour le commerce en ligne », en ligne : <http://www.multimedium.com/cgi-bin/nouvelles.cgi?Id=3677> (consulté le 6 juin 2002).

1307 *Supra* note 1166.

D'ailleurs, il n'est même plus obligé de se livrer à cette recension et au choix par lui-même. Il peut les faire faire par des « agents intelligents », soit des logiciels « d'aide à l'achat »[1308]. Ces robots

> with computerized artificial intelligence can be programmed with enormous amounts of information about the goods, preferences, attitudes and capabilities of their human «principals.» They can roam in virtual space without human intervention, endowed with such information, and apply their artificial intelligence to conduct all manner of commercial, social and intellectual transactions with other Bots[1309].

Les robots peuvent comparer des éléments divers.

> For example, [they] can be programmed by consumers to identify the country, laws, protections, standards and remedial options that the consumers seeks while shopping on the Internet. The consumer can thus be given a clear green, red or yellow light regarding whether she should proceed with a particular transaction. Where the consumer is advised that the location and terms of the site are inconsistent with her preprogrammed preferences, she can make an informed decision to proceed anyway and accept the terms of the transaction[1310].

À n'en pas douter, l'utilisation de ces robots « devrait rendre le consommateur électronique beaucoup plus avisé que le consommateur analogique.

[1308] On peut trouver une sélection de ces « *shopping bots* » avec leur description en ligne : <http://www.123shopping-bots.com/Ecommerce_agents/Shopbots/General/index.htm> (consulté le 8 juin 2002). Par exemple, « Youknowbest est un navigateur qui vous permet de rechercher, de comparer et d'acheter les produits qui vous intéressent. Il permet de sauvegarder et de partager avec d'autres personnes vos produits préférés. Youknowbest représente un portail qui contient des milliers de liens pour connaître les critiques sur un produit. »

[1309] American Bar Association, *supra* note 1185 à la p. 41. Ces robots [à l'intelligence artificielle, peuvent être programmés avec une quantité énorme d'informations sur les biens, préférences, attitudes et moyens de leurs « auteurs » humains. Ils peuvent parcourir l'espace virtuel sans intervention humaine, dotés de ces informations et appliquer leur intelligence artificielle à conclure toutes sortes de transactions commerciales, sociales et intellectuelles avec d'autres robots.]

[1310] *Ibid.* aux pp. 108-109. [Par exemple, ils peuvent être programmés par les consommateurs pour identifier le pays, les lois, les protections, les standards et les recours possibles que les consommateurs recherchent lorsqu'ils font leurs achats par l'Internet. Le consommateur peut se faire indiquer clairement par un signal vert, rouge ou orange s'il devrait ou non réaliser telle opération. Quand le consommateur est averti que l'emplacement et les termes d'un site ne correspondent pas avec les préférences qu'il a programmées, il peut prendre une décision informée de conclure quand même et d'accepter les termes du contrat.]

Naîtrait alors une catégorie spécifique de consommateur que l'on pourrait appeler "le consommateur sophistiqué" qui n'aurait pas droit à la même protection que le consommateur non sophistiqué »[1311]. Catherine Kessedjian refuse cependant « une telle différenciation » en raison de la difficulté à définir « les critères qui permettent de la mettre en œuvre »[1312]. Pour notre part, si nous partageons son avis, c'est plutôt pour ne pas devenir « entomologiste des situations contractuelles »[1313].

2.1.2 Diminution de la puissance du commerçant

En raison des faibles coûts de mise en marché des produits, dans le cyberespace, le vendeur n'est pas toujours un « commerçant » et il peut autant vendre à de simple particuliers qu'à des entreprises professionnelles. « [I]l est possible pour un simple auteur d'ouvrage littéraire par exemple de vendre ses œuvres sur Internet sans passer par un intermédiaire. Alors que dans le monde physique, une infrastructure de vente est nécessaire, la sphère cybernétique n'exige que peu d'investissements pour s'improviser commerçant »[1314]. En outre, pour les mêmes raisons, le cyberespace permet à de tout petits commerçants de mettre leurs produits en ligne et on y trouve bon nombre de micro-entreprises, souvent composées d'un seul individu et que Catherine Kessedjian appelle l' « entreprise unipersonnelle multinationale »[1315]. On observe, par exemple, qu'en ce qui concerne les entreprises œuvrant dans l'industrie de l'information en particulier, « [a] one or two

---

[1311] C. Kessedjian, *supra* note 11 à la p. 69.

[1312] *Ibid*. aux pp. 69-70.

[1313] J. Mestre, « Rapport de synthèse » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud, dir., *supra* note 980, 157 à la p. 160.

[1314] V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 273 note 274.

[1315] C. Kessedjian, *supra* note 11 à la p. 69. Un exemple célèbre au Québec de toute petite entreprise est celui de Hassan Haddad, propriétaire de la Pâtisserie Villeray à Montréal. L'entreprise compte dix employés dont trois livreurs. Outre des particuliers, la Pâtisserie Villeray a pour clients des grandes chaînes alimentaires (Provigo, Métro, Sobey's et Maxi). Monsieur Haddad a dû se convertir aux EDI pour pouvoir continuer à faire affaire avec ces chaînes (Sobey's impose une pénalité de 25$ par facture à ses fournisseurs qui lui présentent des documents sur support papier). Voir J.-S. Marsan, « Un pâtissier se lance malgré lui dans l'EDI » (en ligne : <http://www.mmedium.com/dossiers/edi/2.html>, consulté le 10 octobre 2000).

On peut reprendre ici la métaphore proposée par un professeur américain, pour qui le cyberespace est peuplé d'éléphants et de souris (P. P. Swire, « Of Elephants, Mice, And Privacy : International Choice of Law and the Internet » 32 Int' Law 991, en ligne : <http://www.acs.ohio-state.edu/units/law/swire1/elephants.htm> consulté le 22 juin 2002).

person firm can engage in the development of computer information products that have significant commercial value. Transactions in which such a company agrees to develop software for Disney Corporation, Citibank, or General Motors are common »[1316]. Ces « commerçants » de très petite taille et d'importance économique faible, souvent inexpérimentés dans l'art de commercer, sont souvent aussi peu « armés » que des consommateurs. Par de nombreux points de vue, en terme d'expérience, de pouvoir de négociation et de puissance financière, ces micro-entreprises sont au même niveau que les citoyens ordinaires, aussi peu préparés qu'eux au commerce transnational : « On the Internet, virutally every "mom and pop" store that decides to launch a web site has to cope with the complexities of global commerce »[1317].

Les conséquences d'être « "haled into" foreign courts »[1318] ou soumis à des droits qu'ils ignorent sont bien plus lourdes pour ces petits commerçants ou ces individus qui se livrent à des actes de vente que pour de grosses entreprises.

De plus, en raison du très grand choix de produits de même type offert sur le Web, le commerçant peu difficilement tenir ses clients actuels ou potentiels à sa merci. Ils leur suffit d'un clic pour s'en détourner définitivement.

2.2 Difficultés de mise en œuvre des règles protectrices

Les restrictions à la liberté contractuelle dans le cadre d'un contrat de consommation ne trouvent application qu'en cas de lien étroit entre le contrat et le

---

[1316] Uniform Computer Information Transactions Act with Preparatory Note and Reporter's note, en ligne : <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucita/citam99.htm> (consulté le 26 avril 2000). [une entreprise d'une ou deux personnes peut développer des produits informatiques qui ont une réelle valeur commerciale. Il est fréquent que de telles entreprises acceptent de développer des logiciels pour Disney, Citibank or General Motors].

[1317] D.R. Johnson, S.P. Crawford et S. Jain, « Deferring to Contractual Choices of Law and Forum To Protect Consumers (and Vendors) in Ecommerce », en ligne : <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/drafts/crawford.html#N_2_> (consulté le 7 juin 2002) [Les italiques sont dans le texte original]. [Sur l'Internet, chaque boutique familiale qui décide d'avoir un site Web a potentiellement à faire face aux complexités du commerce global].

[1318] *Ibid*. [« traînés » devant des tribunaux étrangers].

lieu de résidence du consommateur. Au Québec et en Europe, à défaut de dispositions spécifiquement élaborées pour la vente cyberspatiale ou même pour le contrat cyberspatial, force est d'appliquer à celle-ci en matière de rattachement normatif l'article 3117 C.c.Q. et l'article 5 § 2 de la Convention de Rome.

Il faut donc de vérifier si les conditions imposées par ces articles peuvent être remplies dans le cadre des contrats qui nous intéressent[1319]. Pour le moment, nous nous attarderons à la première condition justifiant l'application des dispositions impératives de la loi du lieu de résidence du consommateur en dépit d'une élection de droit, prévue par l'article 5 de la Convention de Rome et l'article 3117 C.c.Q. Pour les fins de l'analyse, nous reprendrons l'explication donnée par Hélène Gaudemet-Tallon dans l'un de ses commentaires de la Convention de Rome et pour qui l'expression signifie que le commerçant « a fait des démarches pour vendre sa marchandise […] dans le pays de résidence du consommateur […]. Il suffit que le cocontractant ait fait une publicité générale (presse, radio, télévision) […] »[1320]. Somme toute, bien que nous ne soyons pas du tout convaincue qu'il faille raisonner en termes de « sollicitation », nous allons chercher à vérifier si, dans le cyberespace, on peut déterminer la destination d'une sollicitation.

En premier lieu, soulignons que par la nature de la technique et en raison du bassin potentiel de clients, il est contradictoire de penser que la majorité des commerçants souhaitent se limiter à une tranche bien déterminée de consommateurs. D'ailleurs, comment « affirmer, en toute certitude, qu'une publicité a été opérée [sic] dans le pays du consommateur, du seul fait qu'elle y est

---

[1319] Certains pourraient estimer que, compte tenu de notre point de vue, cette démonstration est inutile. En effet, l'article 5 de la Convention de Rome ainsi que l'article 3117 C.c.Q. ne trouvent application que si le contrat est transnational et qu'il est conclu entre non-présents, conditions qui, selon nous, ne concernent pas le contrat de vente cyberspatial. Comme nous l'avons mentionné, la Convention de Rome ainsi que le Code civil du Québec autorisent l'élection de droit même en cas de contrat non transnational (voir ci-dessus à la p. 121 et s.). Par ailleurs, même si ces articles évoquent sans doute des contrats à distance, à notre avis, il n'est pas certain qu'ils se limitent obligatoirement à cette situation. Quoi qu'il en soit, nous verrons que même si l'on estime d'une part que les contrats cyberspatiaux sont « transnationaux » et qu'il s'agit de contrats entre non-présents et d'autre part que les textes étudiés ne peuvent concerner que des contrats présentant ces caractéristiques, ils ne permettent pas de mettre en œuvre les règles protectrices dans le cadre de contrats cyberspatiaux.

[1320] *Supra* note 393 à la p. 254.

accessible »[1321]? En effet, comment déterminer qu'une offre, une publicité ou un catalogue virtuel, dans un environnement par nature à l'échelle de la planète, a été spécialement dirigé vers le consommateur de tel ou tel pays? Certains indices aideraient-ils à cette détermination? Cela semble difficile. Ainsi, l'utilisation d'une langue, sauf à penser à celles strictement ou très majoritairement liées à un territoire national, comme le slovaque ou le suédois, ne constitue pas réellement un lien fiable. Il n'y a qu'à penser aux nombreux pays dont l'anglais, le français ou l'espagnol, par exemple, sont les langues officielles.

L'indication de la devise de paiement n'est pas non plus déterminante en soi. Elle précise plus le lieu d'établissement du marchand qui souhaite être payé dans sa monnaie nationale que le bassin de sa clientèle potentielle[1322]. La même remarque s'applique à l'indication des taxes. Lorsqu'un consommateur français achète un article auprès d'un cybercommerçant québécois et qu'il se voit imposer un montant au titre de la T.P.S. et de la T.V.Q.[1323], cela ne signifie nullement que le commerçant ne souhaitait pas attirer la clientèle française.

Plus déterminante pourrait être l'indication que la publicité ou l'offre ne vise que certains pays ou en exclut d'autres[1324]. Les conditions relatives à l'utilisation du site Web de FutureShop Canada comportent cette mention précise :

> UTILISATEURS ET ACCÈS AUTORISÉS
>
> Seuls les résidents du Canada qui ont l'âge de la majorité ou l'âge prévu par la loi dans leur territoire de résidence et qui sont habilités à conclure un contrat ayant force obligatoire en vertu des lois

---

[1321] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 221.

[1322] Ainsi, les conditions générales de vente de Blackorange indiquent : « Toutes les commandes, quelle que soit leur origine, sont payables en francs français ». (en ligne : <http://www.blackorange.com/blackorange/conditions.asp?sup_id=1#litiges> consulté le 13 mai 2002).

[1323] La T.P.S. est la Taxe sur les Produits et Services imposée par le gouvernement canadien, la T.V.Q. la Taxe de Vente du Québec.

[1324] Il s'agit par là, à proprement parler de ce que les Anglo-saxons appellent « *jurisdiction avoidance* » alors qu'auparavant nous évoquions plus le « ciblage ».

> applicables peuvent utiliser le site web. Les personnes résidant dans des territoires dans lesquels l'accès au site web ou à toute partie de celui-ci ou leur utilisation peut être illégal ou interdit ne peuvent utiliser le site web. Il vous incombe seul de déterminer si vous pouvez utiliser le site web en toute légalité, et vous devez vous conformer à toutes les lois applicables.[1325]

Toutefois, comme le fait remarquer Olivier Cachard, « cette pratique n'est pas généralisée »[1326].

Les conditions prévues par la Convention de Vienne et le *Code civil du Québec* font naître une autre incertitude. Si l'on raisonne en termes de sollicitation, cela signifie que le mouvement de rencontre entre les deux contractants a été déclenché par le commerçant. C'est lui qui a pris l'initiative du contact en s'introduisant dans l'univers et dans la sphère juridique du consommateur, sans que celui-ci l'y invite. En termes d'immixtion, deux auteurs invitent à comparer, pour les différencier, les réseaux numériques à certains moyens de communication :

> la démarche ne ressemble pas à un acte de sollicitation comme l'on peut en voir par le biais de la télévision et, encore plus, du téléphone. En effet, sauf cas extrêmes, le caractère non intrusif des nouveaux réseaux de communication oblige l'utilisateur à opérer une démarche active pour se rendre sur le site de l'auteur. Plus que le fait de se " déplacer ", soit un acte de mouvement géographique, l'acheteur doit effectuer une démarche, volontaire, délibérée, de lien en lien, une recherche en avant vers l'information qui lui est présentée[1327].

[1325] Futureshop.ca, *supra* note 961. Dans le même sens, voir l'avertissement de la Boutique Apple pour le Canada qui prévient qu'aucune vente ou expédition de produit sera faite au-delà des frontières canadiennes (en ligne : <http://store.apple.com/1-800-MY-APPLE/WebObjects/canadastore.woa>, consulté le 13 mai 2002). Vincent Gautrais fait remarquer à ce sujet que « [s]ans que ce type de stipulation ne soit généralement la conséquence d'une question de droit international privé, (mais davantage de convénience [sic] commerciale, précisément de frais de transport), ce nous semble une solution particulièrement utile pour un commerçant qui verrait l'éventualité de l'application d'un droit étranger comme une menace particulière ». (*Supra* note 18 à la p. 272).

[1326] *Supra* note 685 à la p. 221. Une enquête menée par l'OCDE au début de 2001 indique que 45% des sites visités mentionnaient une restriction géographique (21% pour les sites européens, 40% pour les sites nord-américains et 59% en Asie). Voir OCDE, « Consumers in the online market place. OCDE workshop on the guidelines-One year latter », en ligne : <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00001000/M00001260.pdf> (consulté le 8 juin 2002)

[1327] V. Gautrais et P.-E. Moyse, *supra* note 1289.

Ces auteurs font ici allusion à la navigation de site Web en site Web où l'on peut admettre que la plupart du temps, le client se rend chez les commerçants et donc, prend l'initiative de la future relation contractuelle. On ne peut toutefois pas allier systématiquement visite de sites Web et initiative. Tous les cybernautes savent que parfois, ils sont dirigés, à partir du site contacté, vers un autre et ce, sans aucune volonté, décision ou manœuvre de leur part[1328].

Le cas des messages reçus par courrier électronique est différent de la navigation sur le Web car il est fréquent que la boîte aux lettres électronique contienne des messages commerciaux[1329] non souhaités ou attendus. Par le simple fait d'ouvrir sa boîte aux lettres, le cybernaute a accès à ce « [c]ourrier électronique importun et souvent sans intérêt, constitué essentiellement de publicité, qui est envoyé massivement à un grand nombre d'internautes ou à une même adresse de courriel, et que l'on destine habituellement à la poubelle »[1330]. Ces messages sont habituellement « envoyés par pollupostage (*spamming*) ou par bombarderie (*mail bombing*), lesquels sont appelés plus spécifiquement *polluriel* ou *pollu* (*spam*) et *bombard* ou *bombarde* (*mail bomb*) »[1331]. Ces messages constituent ou contiennent eux-mêmes des offres ou sont des invitations à se rendre sur des sites Web. Cette méthode s'apparente à de la sollicitation[1332].

Cependant, rappelons que, selon notre analyse, il s'agit de déterminer où a été présentée l'*offre* de contracter plutôt que d'établir qui s'est livré la sollicitation, afin

---

[1328] Voir l'exemple donné *supra* note 838.

[1329] Dans le langage anglo-saxon, on appelle ce type de courrier du « *junk mail* ». L'Office de la langue française recommande l'usage de « pourriel ». (*Supra* note 693).

[1330] *Ibid*.

[1331] *Ibid*.

[1332] Certains semblent ne pas partager ce point de vue. Claude Retornaz semble considérer que, quelle que soit l'activité à laquelle le cybernaute se livre, il est toujours en mode actif car le fait de se connecter constitue une démarche active, plus qu'une « modalité purement technique ». (C. Retornaz, « Le commerce électronique international. Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur », en ligne : <http://www.celog.fr/expertises/1998/som0598/commerce0598.htm> consulté le 23 juillet 2001).

Vincent Gautrais propose un point de vue intéressant, surtout dans notre optique, selon laquelle nous pensons que les « moyens de communication » sont en réalité des « moyens de transport » qui permettent aux

de déclencher ou non la mise en œuvre des règles protectrices. Nous devrons donc chercher à localiser cette offre, qui, dans le cas du Web est contenue sur le site du commerçant, dans le cas du courriel apparaît au consommateur sur l'écran de l'ordinateur qu'il consulte pour relever son courrier, ce que nous étudierons en détail dans le prochain chapitre[1333].

Le Groupe Européen de droit international privé, étudiant une révision de la Convention de Rome, constate « l'inadaptation de [l'article 5] aux nécessités de la pratique »[1334]. Pour y remédier, le texte qu'il propose comme dérogation au principe général qui soumet « la protection du consommateur, en première ligne, à la loi d'origine », aurait un champ « plus étendu que dans l'article 5 actuel puisqu'il ne serait plus requis que le consommateur soit passif. En contrepartie, la protection ne jouerait que si la résidence du consommateur pouvait être connue du professionnel »[1335]. Le Groupe estime que

> [l]a disposition proposée devrait répondre aux besoins du commerce électronique, qui, de l'avis du groupe de travail, ne devrait pas relever de règles spéciales. En effet, le fournisseur est protégé dans la mesure où son ignorance de la résidence du consommateur était légitime. Dans l'esprit de la proposition, la connexion à un site ne vaut pas déplacement dans le pays du fournisseur. A juger autrement, la protection du consommateur électronique serait purement hypothétique[1336].

En matière juridictionnelle, l'article 13 § 3 *a*) de la Convention de Bruxelles comportait les mêmes exigences de déplacement du commerçant vers le consommateur. L'article 15 § 1 c) du Règlement européen prévoit maintenant que

---

cybernautes de se déplacer les uns vers les autres. Pour lui, le caractère intrusif des messages publicitaires permettrait d'assimiler le commerçant dont ils émanent à un « commerçant itinérant ». (*Supra* note 18 à la p. 270).

[1333] Voir ci-dessous à la p. 463 et s.

[1334] *Supra* note 422.

[1335] *Ibid*.

[1336] *Ibid*.

lorsqu'il ne s'agit pas d'une vente ou d'un prêt à tempérament, les règles particulières aux consommateurs s'appliquent

> lorsque […] le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Les rédacteurs ont donc écarté les difficultés que nous venons de mentionner et ont élargi considérablement la portée de la règle tout en abandonnant la référence à la « passivité », à la sédentarité du consommateur. Il est « protégé même lorsqu'il a conclu le contrat de consommation à l'étranger à l'initiative du professionnel »[1337]. En tant que demandeur, le consommateur pourra saisir soit « les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée [l'autre] partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié »[1338].

Le texte introduit un nouveau concept, celui des « activités dirigées vers un État ». Afin d'éclaircir son sens, un amendement avait été proposé qui prévoyait :

> L'expression « dirige ces activités » doit être entendue en ce sens que l'opérateur doit avoir intentionnellement dirigé son activité, de façon substantielle, vers d'autres États membres ou vers plusieurs pays, dont cet État membre. Pour déterminer si un opérateur a dirigé ses activités de cette manière, les tribunaux prennent en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire, y compris toute tentative de l'opérateur de prémunir son activité commerciale

---

[1337] A.-M. de Matos, « Règlement communautaire remplaçant la Convention de Bruxelles – Élargissement du domaine de protection du consommateur en matière de conflit de juridiction » (2000) R.E.D.C. 381 à la p. 383.

[1338] Art. 16.

D'après un auteur, le Conseil aurait déclaré que « le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent. » (T. Verbiest, « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », *Juriscom.net*, 23 février 2001, en ligne : <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>, consulté le 19 juin 2002).

> contre des transactions avec des consommateurs domiciliés dans des États membres particuliers[1339].

Le texte adopté ne le reproduit pas. Selon le sens qui sera donné à l'expression, le champ d'application des dispositions applicables aux consommateurs sera plus ou moins large. Jérôme Huet estime que le nouveau critère « est difficile à mettre en œuvre : il aurait été préférable de reconnaître en toutes circonstances au consommateur le droit de saisir le tribunal du lieu de son domicile »[1340]. Il nous semble que la lettre du texte se rapproche fortement du principe proposé par ce juriste en raison de l'éventualité prévue qu'un commerçant dirige ses activités vers plusieurs États dont celui du consommateur. Sauf à l'interpréter de façon très restrictive, ce qui ne sera sûrement pas le cas dans la mesure où il s'agit de la protection de parties faibles, l'expression traduit à peu près l'ubiquité des sites Web.

Quant au projet de convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers[1341], il n'évite pas l'écueil des difficultés présentées ci-dessus. En effet, dans l'état actuel, l'article 7 permet au consommateur d'intenter une action devant « les tribunaux de sa résidence habituelle, si l'action est relative à un contrat qui résulte des activités incluant la promotion ou la négociation de contrats, que l'autre partie a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État ». De façon un peu sibylline, le texte prévoit une exception lorsque le consommateur « a accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans un autre État ». D'une part, de façon générale, il faudrait savoir à quels gestes, quels actes renvoie l'expression « accomplir des démarches » et en outre, il n'est pas sûr qu'une telle exception corresponde à quoi que ce soit dans le cyberespace.

[1339] Parlement Européen, Commission juridique et du marché intérieur, « Second projet de rapport de Diana Paulette Wallis (PE 286.006) sur la proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », PE 286.006/AMC1-7/REV2, en ligne : <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20000904/419253_fr.doc> (consulté le 22 février 2001).

[1340] *Supra* note 1114.

[1341] *Supra* note 127.

S'étant livré à une étude approfondie du « droit de la consommation transfrontière » dans le monde traditionnel, un auteur conclut : « La défense de l'intérêt individuel du consommateur impliqué dans une relation transfrontière suppose la mise en œuvre de conventions ou de textes nationaux difficiles à comprendre et inadaptés à une simple relation de consommation »[1342]. Cela l'amène « à dire que la protection tranfrontière du consommateur […] n'est pas satisfaisante »[1343].

Pour les relations cyberspatiales, nous proposons le même constat en noircissant le trait. À notre avis, la protection du simple particulier, du « négociant occasionnel » ne semble pas « non satisfaisante », plus, elle est même pratiquement impossible à mettre en œuvre[1344]. Pour n'en donner qu'un exemple typique, nous partageons le point de vue d'Olivier Cachard pour qui, compte tenu de sa rédaction, l'article 5 § 2 de la Convention de Rome est difficilement transposable dans le cadre du cyberespace[1345].

3. Synthèse

Attachée, pour ne pas dire encombrée, par les concepts issus du monde analogique et adaptés à lui, la réflexion portant sur le commerce et les contrats cyberspatiaux cherche à perpétuer la distinction entre les professionnels et les

---

[1342] H. Bureau, *supra* note 307 à la p. 391.

[1343] *Ibid*.

[1344] En plus des problèmes de droit international privé, on peut douter que les règles de droit matériel élaborées pour la protection des consommateurs soient toujours bien adaptées au nouvel environnement. Sur cette question, voir V. Gautrais, *supra* note 18 à la p. 245 et s.

[1345] *Supra* note 685 à la p. 221. Principalement, cet auteur donne beaucoup d'importance à la deuxième condition posée par l'article 5 § 1 de la Convention de Rome en ce qui a trait à son inadaptation au contrat de cyberconsommation. Il écrit : « Plus encore, c'est la condition exigeant l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat par le consommateur, dans son État de résidence, qui soulève des difficultés. » (*Ibid*.). Bien que nous partagions totalement son point de vue sur cette difficulté-là (voir ci-dessous à la p. 463), elle ne l'emporte pas sur l'autre. Selon nous, la première est aussi fatale que la seconde.

consommateurs. À notre avis, cette dichotomie n'est pas justifiée dans le cyberespace.

Dans le monde traditionnel, la notion de consommateur, bien que majoritairement admise, est parfois remise en question. On lui reproche des fondements fragiles, alliant des critères subjectifs contestables et réducteurs à des critères objectifs dont les contours sont flous, et qui, en outre, ne correspondent à aucune réalité juridique. Dans la première catégorie, il n'y a qu'à penser à sa présumée faiblesse ou à son manque d'expérience, d'expertise, face à son vis-à-vis. Les critères objectifs, qui centrent la consommation sur l'usage des biens acquis, ne valent pas mieux.

À partir de ces caractéristiques, que l'on rencontre certes parfois, le droit dessine artificiellement un territoire où il enferme des individus qui n'ont pas toujours lieu d'y être tout en en interdisant l'accès à d'autres qui auraient pourtant besoin de protection.

Plus fatal en ce qui nous concerne, le consommateur est vu comme un individu enraciné dans son territoire, le droit s'accommodant mal de ses déplacements. Dans la majorité des cas, dès que le consommateur sort de ses frontières nationales ou régionales, le droit lui retire l'assurance de sa protection. Faits aggravants : il n'existe pas de droit international de la consommation ni de droit de la consommation transfrontière[1346].

C'est sur ces prémisses douteuses que l'on cherche à voir dans le cyberespace une parenté, très proche, pour ne pas dire une identité, entre le consommateur du monde traditionnel et celui que l'on nomme le « cyberconsommateur ». Pourtant, à notre avis, le « cyberconsommateur » n'existe

---

[1346] « [L]a protection du consommateur bardée de tous ces textes qui pourraient être efficaces dans un cadre national, risque de devenir un simple [vœu] pieux dès lors qu'un élément d'extranéité s'immiscera dans la relation contractuelle ». (V. Gautrais, *supra* note 18 aux pp. 277-278).

pas. Les caractéristiques personnelles qui le rendent faible dans le monde terrestre et qui, par là, justifient sa protection ne résistent pas à l'examen des relations cyberspatiales.

L'Association du Barreau américain constate avec raison :

> The Internet empowers consumers *vis a vis* sellers. Power in a commercial relationship depends upon knowledge and choice. Electronic commerce in the worldwide marketplace represented by the Internet inherently expands consumer choice because it opens up every market to every buyer regardless of where the seller is located. *A priori*, therefore, electronic commerce strengthens buyers with respect to sellers because it opens up more possibilities for the buyer. Thus, the implied concern that buyers will be taken advantage of by sellers to whom they are tied by geographic or other limitations is less appropriate[1347].

De plus, le « cybercommerçant » n'a pas systématiquement les attributs dont on l'affuble généralement. Il peut être très modeste, en taille et en expérience. En autres parce que le cyberespace leur permet de mettre ses produits en vente à un coût nettement moindre que dans le monde traditionnel, les micro-entreprises ou les « entrepreneurs solitaires » n'y sont pas rares.

Il est indéniable que « [t]echnology has substantially affected the leverage between buyer and seller »[1348]. Dans le cyberespace, comme le fossé qui sépare le consommateur du professionnel dans le monde terrestre tend nettement à

[1347] American Bar Association, *supra* note 1185. [L'internet donne plus de pouvoir aux consommateurs face aux vendeurs. Le pouvoir dans une relation commerciale dépend de la connaissance et du choix. Le commerce électronique à l'échelle de la planète augmente par essence le choix du consommateur car il donne accès à tout marché à tous les acheteurs, indépendamment du lieu où se trouve le vendeur. A priori, donc, le commerce électronique donne plus de force aux acheteurs par rapport aux vendeurs car il offre plus de possibilités à l'acheteur. Donc, la préoccupation que les acheteurs soient exploités par les vendeurs à qui ils sont liés géographiquement ou autrement, est moins pertinente].

[1348] *Ibid*. [La technique a substantiellement modifié le rapport de force entre l'acheteur et le vendeur].

s'amenuiser, la présomption d'inégalité entre les contractants[1349] tombe, entraînant avec elle la distinction classique.

Afin d'assurer de leur protection les êtres faibles lorsqu'ils sont unis à plus puissants qu'eux par un contrat comportant un élément d'extranéité, les droits nationaux ont établi des règles dont l'application repose sur un lien étroit entre le contrat et le consommateur. Elles n'ont d'effet que si le consommateur est « passif », autrement dit si c'est le commerçant qui s'est introduit dans le territoire, dans la sphère juridique de son cocontractant. Dans l'état actuel des textes qui imposent ce principe, en les transposant dans le cyberespace, la recherche de ce lien oblige à des exercices intellectuels non seulement difficiles mais également insatisfaisants. Le concept de « ciblage » a été inventé dont on s'aperçoit, sans trop d'efforts cette fois, qu'il « est en contradiction directe avec l'essence même de la toile »[1350].

La plupart des penseurs, qu'ils élaborent des textes de lois ou qu'ils rédigent des articles de doctrine, s'obstinent à croire en l'existence du « cyberconsammateur ». Ce faisant, à notre avis, ils ne rendent pas service au « négociant occasionnel » et le mettent en mauvaise position en le traitant comme une reproduction du consommateur terrestre. Il lui donne une identité hasardeuse, ignorent les mutations qu'il subit lorsqu'il pénètre et s'adonne à ses activités dans le monde virtuel et, en fin de comptes, lui font croire qu'il est protégé alors qu'il ne l'est pas ou de façon si aléatoire que c'en est périlleux. Ces penseurs adoptent à notre avis une attitude pareille parce qu'ils n'arrivent pas à se détacher des concepts auxquels ils ont été formés. Cela n'est pas sans rappeler l'anecdote rapportée par Jerry Meyers :

> Sixty years ago, Karl Llewellyn argued that it was important to develop a contract law framework for commercial sales of

---

[1349] « Une relation, a priori inégalitaire, fonde le régime de protection » en faveur du consommateur. (M.S. Payet, *supra* note 1219 à la p. 65).

[1350] C. Kessedjian, *supra* note 11 à la p. 71. À ce propos, souvenons-vous que « [l]e droit est guidé, subordonné au réel » (M.S. Payet, *supra* note 1219 à la p. 257), non l'inverse.

> manufactured goods that departed from law applicable to commerce in horses and similar chattels which shaped prior law. The rules for the one (horses) did not adequately apply to the other (manufactured goods). While insightful judges might be able to surmount the difference, Llewellyn argued, some might not and, in any event, use of a wrong paradigm (horses) yielded uncertainty, complexity and risk of error when applied to merchantile goods. Llewellyn's insight was initially resisted. Over decades of vitriolic debate, however, his insight eventually won out, resulting in Article 2 of the Uniform Commercial Code. Article 2 emanated from the change in our economy from an agrarian commerce to an industrial commercial society and a desire to tailor commercial contract rules to that new type of commerce. Llewellyn's era was marked by controversy and a desire by many to reject the idea that changes in commerce were relevant to contract law. Then, the common "sense" was that decades-old rules derived on one focus could be adequately manipulated in court to fit modern commerce. That common "sense" was wrong[1351].

Section 3 – Le contractant faible du cyberespace : l'adhérent

Catherine Kessedjian s'interroge : « […] la notion même de consommateur, telle que nous la connaissons pour les opérations de la vie courante non électronique, est-elle encore viable lorsque le consommateur opère par le truchement de la toile »[1352]? Comme nous venons de l'expliquer, une réponse négative s'impose.

[1351] J. M. Meyers, « Uniform Computer Information Transactions Act or The Act formerly known as Article 2B », Commercial Law League of America, Mont-Tremblant (Québec), juillet 1999, en ligne : <http://www.clla.org/articles/ucitac.html> (consulté le 19 juin 2002). [Il y a soixante ans, Karl Llewellyn a fait remarquer qu'il était important de développer, pour les ventes commerciales de biens manufacturés, un cadre juridique contractuel qui se démarque du droit antérieur applicable au commerce des chevaux et autres biens. Les règles pour les uns (les chevaux) ne s'appliquaient pas adéquatement aux autres (les biens manufacturés). Bien que des juges perspicaces puissent être capables de surmonter la différence, Llewellyn prétendait que d'autres ne le seraient pas et que, de toute façon, l'usage d'un paradigme erroné (les chevaux) entraînait incertitude, complexité et risque d'erreur lorsqu'il était appliqué aux marchandises. La perspicacité de Llewellyn a connu des résistances au début. Après des décennies de débats mordants, cependant, elle a finalement gagné, aboutissant à l'article 2 du *Uniform Commercial Code*. Cet article émanait du changement de notre économie passant d'un commerce agraire à une société industrielle et d'un désir de façonner des règles contractuelles commerciales pour ce nouveau type de commerce. L'époque de Llewellyn était marquée par la controverse et la volonté, de la part de plusieurs, de rejeter l'idée que les changements du commerce avaient un rapport avec le droit des contrats. Donc, le « bon sens » voulait que des règles vieilles de plusieurs dizaines d'années, établies pour un domaine, pouvaient efficacement être manipulées devant les tribunaux pour s'adapter au commerce moderne. Le « bon sens » avait tort].

[1352] *Supra* note 942 à la p. 71.

Cependant nous estimons qu'il existe indéniablement des parties que le droit doit protéger.

1. Les consommateurs sont avant tout des adhérents

Pour reprendre les termes utilisés par un auteur français dans un autre contexte, nous pensons que la catégorisation, dans le cyberespace, de certaines parties contractantes en « consommateurs » est « inexacte, nuisible et inutile »[1353]. Elle est inexacte car l'acheteur en ligne n'est pas un avatar du consommateur du monde traditionnel, n'en a pas les caractéristiques, les mêmes habitudes d'achats, le même rapport de faiblesse par rapport au cocontractant.

Elle est nuisible car, à cantonner l'acheteur dans cette définition improbable et incertaine même d'un point de vue traditionnel, on lui fait croire à une protection qu'il n'a pas à la fois en raison de l'inexistence d'un droit de la consommation transnationale et d'un droit international de la consommation qui pourraient éventuellement, *mutatis mutandis*, régir les relations cyberspatiales, et en raison des difficultés de mise en œuvre de ses règles nationales dans un contexte qui ne l'est pas[1354]. Elle est nuisible également car trop réductrice. Fondée sur le monde traditionnel, elle exclut des personnes qui présentent pourtant de nombreux points communs avec celui que d'aucuns nomment le « cyberconsommateur »[1355].

[1353] J. Huet, « Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », (1991) D. 181 à la p. 185. Jérôme Huet qualifiait ainsi l'affirmation selon laquelle les messages électroniques devaient être considérés comme des messages écrits.

[1354] Vincent Gautrais écrit : « L'alliance du contrat de consommation et du cyberespace a pour effet primordial d'ouvrir une porte béante sur l'inconnu dans la mesure où, pour une des premières fois, la consommation est confrontée de façon systématique à la question du droit international ». (*Supra* note 18 à la p. 244).

[1355] En outre, il serait peut-être nécessaire de faire, au sein même de la population des consommateurs du cyberespace, des distinctions entre le consommateur « ordinaire » et le consommateur qui utilise des robots. (Voir *supra* note 1311).

Finalement, elle est inutile, en regard du droit international privé, car elle reste sans effet[1356]. Du moins, les principes qu'elle l'oblige à mettre en œuvre sont tellement difficiles d'application qu'elle risque fort d'être dépourvue d'efficacité réelle[1357]. Le droit international privé, qui « dans n'importe quel système juridique » a pour « principe fondamental […] en matière contractuelle »[1358] la liberté des parties, est en quelque sorte pris à son propre piège dans le cyberespace. Dans le monde traditionnel, il a trouvé des correctifs afin que la liberté de l'un ne s'exerce pas aux dépends de l'autre. À cette fin, dans le domaine qui est le nôtre, il classe les contractants en deux catégories, les uns forts – les commerçants – dont il limite la liberté, les autres faibles – les consommateurs –. Cette catégorisation qu'il impose dans le monde traditionnel[1359] le rend inapte à protéger ceux qui auraient besoin de sa « tutelle »[1360] dans le monde virtuel.

En outre, parler d'un contractant comme d'un « cyberconsommateur » est indissociablement lié à un point de vue protectionniste. Or, à notre avis, cette adéquation est inutile car il existe d'autres moyens, mieux fondés en regard de la technique numérique, pour assurer une protection aux parties qui en ont besoin.

[1356] La Commission spéciale de juin 1995 sur les Affaire générales et la politique de la Conférence de La Haye « s'est interrogée sur le problème de savoir, si dans l'environnement en ligne, la notion traditionnelle de consommateur est encore efficace ». Nous partageons totalement son point de vue lorsqu'elle « suggère […] de requalifier le consommateur ». (Conférence de La Haye de droit international privé, « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », Document préliminaire No 7 d'avril 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, (document établi par Catherine Kessedjian), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/gen_pd7f.doc> consulté le 20 février 2001).

[1357] Pour preuve la quantité d'études que cette question déclenche et qui, souvent mènent à un constat d'échec ou laissent un fort sentiment d'impuissance. Voir, par exemple, O. Cachard, *supra* note 685; Conférence de La Haye de droit international privé, « Avant-projet de convention sur la compétence internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 11 août 2000, *supra* note 209 ; Conseil d'État, section du rapport et des études, « Internet et les réseaux numériques », 2 juillet 1998, en ligne : <http//www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rapce.rtf> (consulté le 12 novembre 1998); Groupe européen de droit international privé, *supra* note 422; Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie – DGCCRF, « Rapport d'activités 2000. Le commerce électronique », en ligne : http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/activites/2000/commerce.htm (consulté le 19 juin 2002); T. Verbiest, *supra* note 1338.

[1358] F. Pocar, *supra* note 427 à la p. 372.

[1359] Ana Palacio dit que « le droit est victime de ses catégories ». (*Supra* note 1144).

[1360] F. Pocar, *supra* note 427 à la p. 371.

En effet, nous n'entendons pas nier que certains acteurs du commerce cyberspatial présentent des particularités qu'il est nécessaire de prendre en compte, voire de protéger. On dénote indéniablement une certaine faiblesse, partagée par de nombreux contractants virtuels quelle que soit la qualité que le monde traditionnel leur attribue. Le cyberespace est peuplé de contractants, acheteurs et même vendeurs, faibles : les adhérents. D'un point de vue quantitatif, la fréquence des contrats d'adhésion l'emporte nettement sur celle des contrats de consommation[1361], dont on sait par ailleurs qu'en chiffres absolus, ils représentent une infime part de l'activité marchande cyberspatiale.

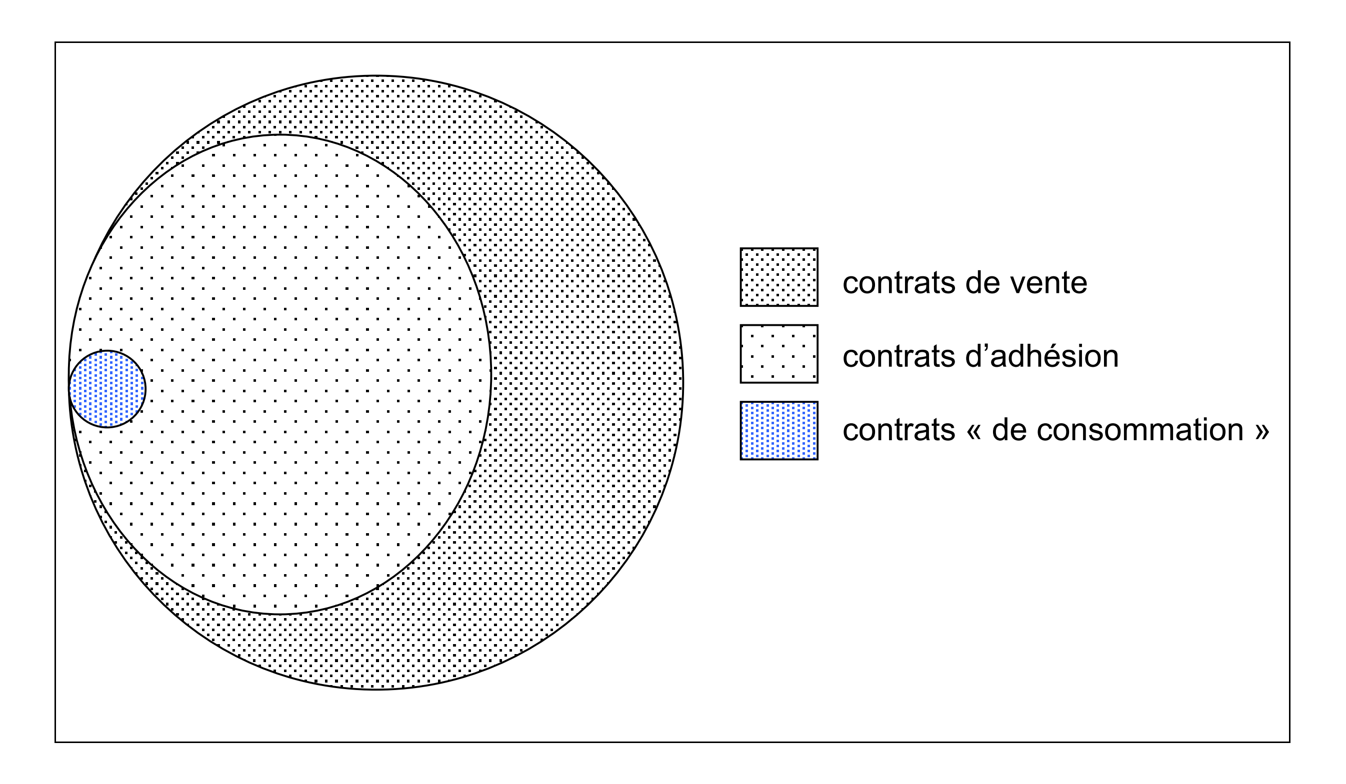


Figure 12: contrats d'adhésion / de consommation

[1361] Dans le monde analogique, « le contrat couramment utilisé par les professionnels à l'égard de leur clientèle est le contrat d'adhésion ». (M.S. Payet, *supra* note 1219 à la p. 166). *A fortiori* la remarque s'applique-t-elle aux contrats cyberspatiaux.

Le véritable problème et le danger potentiel posé par les contrats cyberspatiaux réside dans le fait que la rédaction unilatérale des clauses qu'une partie impose à son cocontractant risque d'engendrer des abus. Plus que la qualité des cocontractants, c'est le mode de formation des contrats, intimement lié à la technique cyberspatiale, qui, par son ampleur, doit retenir l'attention. Nous pensons que c'est sous cet angle que la réflexion liée à la protection de la partie faible dans les contrats cyberspatiaux devraient s'orienter.

2. Avantages de la notion d'adhérent

Cette optique aurait en premier lieu l'avantage de refléter réellement la pratique qui a cours dans le monde virtuel. De plus, elle permet de fonder l'analyse sur un examen objectif des faits[1362]. Même s'il peut y avoir des variations sur la définition du contrat d'adhésion, elles semblent engendrer nettement moins de confusion et de divergences que celle du consommateur.

Parlant des relations traditionnelles, Marie-Stéphane Payet suggère que le contrat liant un professionnel à sa clientèle soit présumé être un contrat d'adhésion :

> […] aujourd'hui, le contrat couramment utilisé par les professionnels à l'égard de leur clientèle est le contrat d'adhésion. [I]l nous semble que le champ d'application de la protection [contre les clauses abusives] doit s'étendre à tous les contrats proposés par un professionnel à sa clientèle. On peut présumer que de tels contrats seront des contrats d'adhésion. [L]'établissement d'une présomption suppose seulement de considérer que très généralement les contrats proposés par des professionnels à leurs clients ne sont effectivement pas négociés. Il appartiendra alors au professionnel

[1362] À condition, évidemment, de ne pas associer contrat d'adhésion et consommateur. Autrement dit, il vaudrait mieux suivre la voie du *Code civil du Québec* qui prohibe les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, même s'ils ne sont pas de consommation (art. 1437 C.c.Q., *supra* note 147), que celle du droit européen (Directive relative aux clauses abusives, *supra* note 179) ou français qui ne les interdisent que dans les rapports de consommation.

> de montrer non seulement théoriquement […] mais concrètement, que son client a exploité la faculté de négocier le contrat dont il réfute la qualification[1363].

Dans le cas des contrats conclus à partir de site Web, le contrat d'adhésion ne devrait pas simplement faire l'objet d'une présomption. Puisque la faculté de négocier est totalement absente, rendue impossible par la technique, ce contrat doit être *réputé* d'adhésion[1364], d'autant plus que personne ne conteste cette qualification. Pour les contrats conclus par courrier électronique, la qualification du contrat dépendrait de la preuve, facile à établir en raison du fait que les échanges entre les partenaires s'archivent sans problèmes. On pourrait envisager une présomption simple. Ainsi, ce serait à la partie contre qui serait invoquée une clause abusive d'établir que le contrat a été négocié.

Selon Fausto Pocar, « [u]ne intervention protectrice […] ne peut […] être envisagée qu'à l'égard de contrats caractérisés par un *besoin particulier* de protection d'une partie »[1365]. Il s'agit de déterminer quelle est la cause du besoin de protection.

> Le problème de la détermination des contrats qui exigent une intervention nécessite de savoir : a) s'il est possible ou opportun d'établir des règles générales de protection d'une partie en utilisant des critères généraux, applicables à n'importe quel contrat, ou b) s'il est préférable, aux fins de protection, d'indiquer des catégories de contrats spécifiques en tant que caractérisés par le besoin de protection d'une partie et de prévoir des moyens de protection spéciaux pour ces contrats[1366].

Fausto Pocar notait, en 1984, « une tendance assez constante dans les systèmes continentaux, qui consiste à prévoir une protection des parties faibles en définissant certaines catégories de contrats caractérisés par la présence d'une partie

---

[1363] M.S. Payet, *supra* note 1219 aux pp. 166, 167.

[1364] « Réputé : considéré par la loi comme… » (G. Cornu, *supra* note 44 à la p. 762). Pour la définition en droit québécois, voir *supra* note 670.

[1365] *Supra* note 427 à la p. 363. [Les italiques sont dans le texte original].

[1366] *Ibid*.

faible, tandis qu'aucune protection particulière n'est prévue en dehors de ces catégories […] »[1367]. On doit alors se demander en quoi la partie est faible, sur quoi repose son infériorité. La réponse donnée par Fausto Pocar démontre, comme nous l'avons déjà indiqué, qu'il s'agit d'une faiblesse artificiellement établie, en quelque sorte décrétée, puisque « le choix des contrats à propos desquels on doit protéger la partie faible dépend dans une large mesure de la politique législative de chaque État dans le domaine social et économique »[1368].

Le point de vue que nous proposons est plus strictement juridique puisque la faiblesse de la partie est, dans ce cas-là, issue directement du mode de formation du contrat. Marie-Stéphane Payet fait remarquer que « [d]ire que le consommateur est incompétent, c'est ne rien dire. Définir le consommateur par son incompétence nécessite avant tout de déterminer le domaine particulier dans lequel on se place »[1369]. Elle conclut alors : « À chaque domaine son consommateur », en ajoutant que « [l]a définition subjective du consommateur est semble-t-il impossible. La définition objective apparaît toute aussi incertaine »[1370]. La notion d'adhérent présente l'avantage de ne dépendre de rien d'autre que des conditions dans lesquelles naissent les obligations entre les parties.

Ce choix concourrait également à un traitement plus équitable de tous les contractants cyberspatiaux. À notre avis, il n'y a aucune raison pour que le commerçant, même s'il est puissant, se fasse imposer des clauses qui risquent de le désavantager indûment sans avoir aucun recours. À plus forte raison, s'il est, cas fréquent dans le cyberespace, peu puissant[1371]. D'ailleurs, parlant de puissance,

---

[1367] *Ibid.* à la p. 367.

[1368] *Ibid.* à la p. 368.

[1369] *Supra* note 1219 à la p. 69.

[1370] *Ibid*. à la p. 71.

[1371] Des membres de la Session Diplomatique de juin 2001, étudiant le projet de convention de La Haye en matière juridictionnelle ont soulevé la question des contrats d'adhésion en dehors des contrats de consommation. « Des exemples de professionnels et de petites associations achetant des progiciels par l'intermédiaire d'Internet avec des conventions d'élection de for visant des ressorts éloignés ont été débattus. Une possibilité soulevée est de permettre à tout tribunal d'annuler une clause d'élection de for au motif de l'iniquité. » (Conférence de La Haye de droit international privé, *supra* note 47 au § 16).

indépendamment de la structure de l'entreprise ou de son chiffre d'affaires, il nous semble que le seul fait d'imposer des conditions à autrui constitue par définition une position dominante qu'il convient de surveiller[1372]. Envisager la protection du contractant cyberspatial sous l'angle du contrat d'adhésion permet donc d'en faire bénéficier le professionnel, ce que plusieurs réclament même dans le monde traditionnel. Ugo Mattei pose la question suivante : « [e]st-il juste ou efficace de considérer que les grandes entreprises multinationales et les petites entreprises sont sur un pied d'égalité quand elles passent des contrats [ensemble] simplement parce qu'elles sont toutes les deux professionnelles?[1373] ». Il est difficile de ne pas y répondre par la négative. Les discussions au cours de la Table ronde de Genève ont fait ressortir que « l'idée de départ [est] que, dans un environnement en ligne, les petites entreprises doivent être également protégées »[1374].

Comme le fait remarquer Pierre Cramier,

> la différence de traitement [entre le consommateur et le contractant professionnel] n'est pas toujours justifiée. Il existe en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles le contractant, agissant en sa qualité de professionnel à l'occasion ou pour les besoins de son activité mais hors de son champ de compétence, se trouve par rapport à son cocontractant dans une situation de faiblesse ou

---

[1372] Il est vrai que la plupart du temps « [l]e contrat d'adhésion est […] une conséquence de l'inégalité des parties ». (J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens » dans J. Ghestin et M. Fontaine, *supra* note 983, 1 à la p. 10). C'est vraisemblablement parce que l'une des parties domine l'autre qu'elle peut imposer sa volonté et ses exigences au moment de la formation du contrat. Il se peut cependant que l'imposition de clauses par l'une des parties soit le résultat d'échanges nombreux de propositions, contre-propositions, comme ceux que déclenchent les *battles of forms* et où, pour reprendre un langage martial, les partenaires sont à la base, à armes égales. Une fois le contrat conclu, l'une des parties se trouve liée à des clauses qu'elle n'a pas discutées, qui lui ont été imposées. Dans ce cas, le contrat d'adhésion risque de mettre l'une des parties, celles dont les conditions générales régissent le contrat, en position de supériorité.

[1373] H. Mattei, « L'efficacité et l'égalité dans le nouveau droit des contrats européens. Règles impératives, dispositives et mesures coercitives » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 597 à la p. 626.

[1374] *Supra* note 1356. L'avantage du principe du contrat d'adhésion est qu'il évite un autre obstacle puisque « il est difficile de définir une "petite entreprise". » (*Ibid*.)

> d'infériorité qui l'expose aux mêmes risques qu'un consommateur "ordinaire"[1375].

Cette observation a tout à fait sa place dans le commerce cyberspatial qui, nous l'avons vu, engendre une certaine confusion des genres par laquelle la dichotomie entre commerçants et consommateurs est atténuée, voire injustifiée[1376].

De plus, la position d'adhérent ne préjuge pas de la position dans la relation contractuelle. On a l'habitue de considérer le consommateur comme l' « acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage professionnel »[1377] , comme celui qui contracte « pour se procurer des biens ou des services »[1378]. Si, dans le cyberespace, les personnes non professionnelles sont certainement le

---

[1375] P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel » (2000) 116, P.A. 1, en ligne : <http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002). Voir également M.S. Payet, *supra* note 1219.

[1376] La dichotomie entre droit des commerçants et droit des consommateurs engendre une « schizophrénie » du droit, pour Ugo Mattei. (*Supra* note 1373 en particulier à la p. 626).

[1377] G. Cornu, *supra* note 44 à la p. 207. [Nous soulignons].

[1378] J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra* note 945 à la p. 62. [Nous soulignons]. À notre avis, ces auteurs commettent une erreur en déduisant cette définition des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* qui prend soin de ne pas limiter le consommateur à une seule position contractuelle. La loi le définit simplement comme « une personne physique » (art. 1 *e*)) et indique qu'elle s'applique « à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service » (art. 2). [Nous soulignons]. Par conséquent, la *Loi de protection du consommateur* a vocation à s'appliquer lorsque, par exemple, un automobiliste revend son véhicule usagé à un garagiste. De la même façon, la Directive européenne sur les clauses abusives donne la définition suivante : « "consommateur" : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. » (*Supra* note 179 art. 2 b)). La lettre du texte est donc silencieuse, ce qui pourrait faire croire que le consommateur peut être en position de vendeur, comme nous l'avons déjà mentionné à propos de la définition de « commerçant ». (ci-dessus note 1202). Cependant, à la lecture des considérants, on peut penser que son esprit dément cette position:

« considérant que, généralement, le consommateur ne connaît pas les règles de droit qui, dans les États membres autres que le sien, régissent les contrats relatifs à la vente de biens ou à l'offre de services; que cette méconnaissance peut le dissuader de faire des transactions directes d'achat de biens ou de fourniture de services dans un autre État membre;

considérant que, en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives;

considérant que les vendeurs de biens et les prestataires de services seront, de cette façon, aidés dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur; que la concurrence sera ainsi stimulée, contribuant de la sorte à accroître le choix des citoyens de la Communauté, en tant que consommateurs; » [Nous soulignons]

Nous n'avons trouvé aucune trace, dans les considérants, d'un consommateur vendeur.

La confusion des deux auteurs québécois traduit cependant très bien l'assimilation, presque inconsciente, entre consommation et achat.

plus souvent en position d'acheteurs, le commerçant vendeur peut fort bien se faire imposer des conditions générales par l'acheteur.

3. Protection de l'adhérent

Selon l'OCDE, « [l]es gouvernements sont mis au défi de contribuer à faciliter un développement social et une croissance économique fondés sur les toutes nouvelles technologies des réseaux […] »[1379]. Pour ce faire, l'Organisation recommande aux gouvernements « d'offrir à leurs ressortissants une protection des consommateurs efficace et transparente dans le commerce électronique »[1380]. Paraphrasons la en disant que les législateurs nationaux devraient offrir à leurs ressortissants une protection des adhérents efficace dans le commerce électronique.

L'OCDE propose un certain nombre de lignes directrices que « [l]es entreprises qui prennent par au commerce électronique devraient prendre dûment en considération […] »[1381]. En 1998-1999, au Canada, un comité tripartite réunissant des représentants de l'industrie, des gouvernements et des associations de consommateurs a élaboré, dans le même esprit, un ensemble de recommandations intitulé « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique »[1382].

L'OCDE estime que « [l]es entreprises devraient agir conformément aux éventuelles déclarations qu'elles font au regard des politiques ou pratiques relatives à

[1379] *Supra* note 1166 à la p. 1.

[1380] *Ibid*.

[1381] *Ibid*. à la p. 5.

[1382] Industrie Canada, « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien », en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/principesf.pdf> (consulté le 23 avril 2002).

leurs transactions […] »[1383]. Pire encore, sommes-nous tentée de dire, « [l]es entreprises ne devraient pas faire de déclarations ou d'omissions, ni s'engager dans des pratiques quelconques, susceptibles d'être mensongères, trompeuses, frauduleuses ou déloyales »[1384]. Il est effrayant de penser que cette vertu ne s'impose que lorsque le cocontractant est « consommateur ». Heureusement, si ces recommandations sont suivies, les cocontractants « professionnels » en bénéficieront souvent puisque, comme nous l'avons expliqué, les contrats proposés sur les sites Web s'adressent très fréquemment à tout contractant, sans faire de distinction entre les particuliers et les professionnels[1385]. Remarquons que l'OCDE exhorte les entreprises à ne « pas utiliser des clauses contractuelles abusives »[1386].

Ceci dit, les informations détaillées que les offrants devraient fournir à leurs futurs cocontractants contribueront certainement à leur protection et ainsi favoriseront l'expansion du commerce électronique. L'une des méthodes préconisées par l'OCDE pour la mise en œuvre de ces lignes de conduite repose sur les entreprises elles-mêmes. Dans le cadre du commerce cyberspatial, les inciter à inclure elles-mêmes dans leurs contrats des dispositions claires – et facilement accessibles – nous semble un moyen efficace et plus rapide pour atteindre le but de transparence que de passer par un processus législatif[1387].

[1383] *Ibid*. à la p. 6.

[1384] *Ibid*. à la p. 5.

[1385] La visite de sites Web permet de voir qu'il y a souvent un tronc commun par lequel le vendeur s'adresse autant au particulier qu'au professionnel. Parfois, certaines sections d'une même page visent plus particulièrement un type d'acheteur ou un autre. Il est difficile d'imaginer un avertissement du genre : « Nous ne nous engageons dans aucune pratique susceptible d'être mensongère, trompeuse, frauduleuse ou déloyale », assorti de la mention « réservé aux consommateurs »!

[1386] Industrie Canada, *supra* note 1382 à la p. 6.

[1387] En 1998, Yves Poullet, à propos des « normes privées » élaborées à l'occasion des activités cyberspatiales, parlait de « cette autoréglementation galopante. » (*Supra* note 20). Cependant, une étude a démontré en 2001 que les recommandations canadiennes étaient peu suivies. « Le constat est clair : peu entreprises réalisent l'importance de développer des sites qui respectent un ensemble de critères qui sont pourtant d'importance pour les consommateurs - une bonne information sur le marchand et sur les produits offerts, sur les modalités contractuelles, sur la protection des renseignements personnels, sur la sécurité des transactions, sur les moyens de résoudre les difficultés et sur le courriel non sollicité. » (Action Réseau Consommateur, « L'auto-réglementation en matière de commerce électronique: des principes à la pratique. Quel chemin reste-t-il à faire? », en ligne : <www.consommateur.qc.ca/fnacq/147.htm> consulté le 27 juin 2002).

Pour le règlement des litiges et les recours, l'OCDE ne fournit aucun modèle en ce qui a trait au droit applicable et à la compétence juridictionnelle. Elle incite seulement les gouvernements à « examiner si le cadre existant régissant le droit applicable et la compétence juridictionnelle devrait être modifié, ou appliqué différemment, pour assurer une protection efficace et transparente des consommateurs dans le contexte de la poursuite de l'expansion du commerce électronique »[1388].

Nous savons maintenant qu'une clause d'élection de for peut être considérée comme abusive. Dans le cadre du commerce cyberspatial, même si aux fins de leurs opérations les partenaires contractuels partagent le même espace, comme le fait remarquer Catherine Kessedjian, ils « demeurent des personnes physiques ou morales»[1389]. À ce titre, ils résident ou ont un domicile quelque part sur la planète. Or les lieux de résidence ou de domicile de l'acheteur et du vendeur peuvent être fort éloignés en termes de kilomètres. Une clause contractuelle qui ferait du tribunal du lieu de résidence du stipulant le for contractuel[1390], obligeant ainsi l'adhérent à se déplacer loin de chez lui serait facilement jugée comme abusive.

Il faut reconnaître qu'un rattachement objectif obligeant une partie à saisir un tribunal très éloigné est aussi inacceptable dans le cadre d'un contrat avec un particulier qu'avec une petite entreprise[1391]. C'est pourquoi, en raison de ce type de risque, inhérent à la taille du réseau numérique, le recours aux tribunaux ne constitue pas une solution idéale. C'est dans ce sens que la CCI fait la recommandation suivante, qui, à notre avis, ne devrait pas se limiter aux contrats de consommation.

Si « des principes à la pratique, la route est longue », on doit toutefois relever que parmi ceux qui sont respectés, « la disposition relative à l'information ». (« La marche est haute avant que l'on ne fasse confiance aux cybercommerçants », Multimedium, novembre 2001, en ligne : <http://www.multimedium.com/cgi-bin/nouvelles.cgi?Id=5954> consulté le 27 juin 2002)

[1388] *Ibid*. à la p. 9. Les principes canadiens sont à peu près au même effet. (*Supra* note 1382 au point 5.4).

[1389] *Supra* note 942 à la p. 82.

[1390] La théorie rattachant le contrat au pays du prestataire, en matière juridictionnelle ou normative, s'appelle le principe du pays d'origine. (Voir ci-dessous à la p. 477).

[1391] En outre, pour les grandes entreprises, cela peut ne pas être très pratique.

Dans un premier temps, « en cas de plainte du consommateur, les parties devraient d'abord tenter dans la mesure du possible d'utiliser les mécanismes internes de l'entreprise, tels que son service clients ». Ensuite, « si le différend persiste, les parties devraient recourir au règlement alternatif des différends (ADR) en ligne - un moyen efficace en termes de coût qui peut aplanir les barrières géographiques et culturelles ». Finalement, en dernière extrémité, « si le différend n'est toujours pas réglé, les parties peuvent se tourner vers la justice »[1392].

Le règlement extra-judiciaire, en particulier en ligne, semble effectivement bien adapté aux relations cyberspatiales, comme le souligne Catherine Kessedjian en invoquant quatre raisons :

> Tout d'abord, l'utilisation d'Internet permet à des entreprises ou des particuliers d'atteindre des personnes dans toutes les parties du globe qui, avant la mise au point de cette technique, étaient beaucoup plus difficilement joignables, voire étaient impossibles à joindre. Ensuite, le nombre de litiges de même nature, posant le même type de questions juridiques va vraisemblablement croître de manière exponentielle. […]Par ailleurs, la valeur de chaque litige peut n'être pas suffisante pour justifier un recours aux tribunaux nationaux. Enfin, l'accélération temporelle de la vie des affaires électroniques incite à proposer des solutions qui privilégient un règlement rapide du contentieux[1393].

La Directive européenne sur le commerce électronique encourage d'ailleurs ce mode de règlement des différends par son article 17 § 1 :

> Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le

---

[1392] CCI, « La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique » (juin 2001), en ligne : <http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/French_translations/competence_et_loi_applicable.asp> (consulté le 20 juin 2002).

[1393] C. Kessedjian, *supra* note 942 à la p. 73.

> règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés[1394].

La CCI insiste sur le fait que la liberté contractuelle, dans les relations cyberspatiales, « devrait être respectée à titre de principe général sous-tendant les décisions relatives au choix de la loi et de la juridiction compétente » et « encourage les gouvernements à imposer le moins de restrictions possible à l'autonomie des parties »[1395]. Le meilleur moyen pour parvenir à des solutions acceptables pour tous repose sur la communauté économique elle-même. Il en va de sa responsabilité

> d'élaborer des règles de bonne conduite qui permettront aux parties contractantes de faire les meilleurs choix en matière de la loi applicable et de juridiction compétente dans le cadre des transactions licites entre entreprises et d'entreprise à consommateur. Dans ce contexte, "transactions" doit s'entendre comme englobant les transactions réalisées entre personnes morales. Indépendamment de leur taille et d'autres facteurs, les personnes morales - par opposition aux personnes physiques - devraient être soumises aux mêmes règles dans les mêmes circonstances. Cela est particulièrement important dans les transactions en ligne, où les parties peuvent ne pas se connaître et ne peuvent en pratique établir des distinctions quant à la loi applicable sur la base de la taille ou de la nature de l'entité juridique avec laquelle elles traitent[1396].

En conclusion, la protection de la partie faible, l'adhérent, serait assurée par deux voies. Elle pourrait reposer sur l'autorégulation, ou autoréglementation, soit « les normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité »[1397], voire sur d'autres normes informelles comme les pratiques

---

[1394] Voir également les recommandations de l'OCDE, *supra* note 1166 aux pp. 9-10 et celles de l'American Bar Association, *supra* note 1185.

[1395] *Supra* note 1392.

[1396] *Ibid*.

[1397] P. Trudel *et al.*, *supra* note 17 à la p. 3-34.

contractuelles[1398]. Elle pourrait également se fonder sur les droit nationaux qui prévoiraient des mesures en faveur de l'adhérent « abusé ».

4. Synthèse

Même si elle est mentionnée, observée, la fréquence des contrats d'adhésion conclus dans le cyberespace ne retient pas beaucoup l'attention. Pourtant, à notre avis, c'est en fonction de ce mode de formation des contrats que devrait principalement s'orienter la réflexion en ce qui a trait à la vente cyberspatiale, en particulier lorsque l'on s'intéresse à la protection des parties faibles. Quelles que soient les parties à l'acte juridique, il est un fait incontestable que la plupart des contrats se forment ainsi dans le cyberespace. La technique rend impossible un autre mode de formation des contrats conclus à partir de sites Web et la favorise dans le cas de ceux conclus par courrier électronique. La notion de contrat d'adhésion reflète parfaitement les pratiques du cyberespace et, si l'on peut dire, correspond mieux à la réalité du cyberespace que celle de contrat de consommation.

La notion de contrat d'adhésion est moins incertaine que celle de contrat de consommation. Même si elle souffre quelques variations, les contrats cyberspatiaux en présentent les caractéristiques unanimement admises, au moins sa condition fondamentale, l'impossibilité de négocier, en particulier ceux conclus à partir de sites Web.

[1398] Vincent Gautrais et Pierre-Emmanuel Moyse se demandent si, en matière de protection du consommateur dans le cyberespace, « la nécessité de voir se réaliser la formation de normes internationales, ne va pas permettre de se diriger vers ce que l'on pourrait qualifier la *lex consommatica* […] surtout si une structure impliquant les consommateurs et les commerçants parvenait à s'établir au plan international. Dans ce cas, une normativité en émanerait très certainement et le pouvoir normatif encore entre les mains des États diminuerait d'autant plus. Cette tendance paraît inévitable dans la mesure où elle s'accorde avec le médium. » (*Supra* note 1289).

Or le contrat d'adhésion est potentiellement dangereux puisqu'il permet au stipulant d'imposer à l'adhérent des clauses qui risquent de le défavoriser indûment. On retrouve en ce domaine le rapport de force connu dans le contrat de consommation mais la position de faiblesse de l'un des contractants ne repose pas sur des caractéristiques variables et dont la qualification peut dépendre de celui qui les observe. La faiblesse dans le contrat d'adhésion est objectivement, intimement contractuelle. La recherche d'une protection de l'adhérent cyberspatial entraîne dans sa foulée celle de la personne inexpérimentée qui achète des biens pour son usage personnel puisque l'unique canal par lequel elle peut contracter est le contrat d'adhésion.

L'ampleur des contrats d'adhésion dans le cyberespace est telle qu'elle vaut la peine qu'on s'y arrête et qu'on les encadre. Parmi les mesures à envisager, un processus d'autorégulation, d'implantation de pratiques de la part des stipulants eux-mêmes doit être encouragé[1399]. Plus l'offre sera claire, compréhensible et ses termes accessibles, meilleure sera la connaissance des conditions de celui qui s'apprête à s'engager. C'est justement en toute connaissance de cause qu'il pourra alors soit s'engager, soit chercher à contracter ailleurs. De plus, les législateurs nationaux, au moins, devraient prendre des mesures pour « offrir à leurs ressortissants une protection […] efficace et transparente dans le commerce électronique »[1400] lorsqu'ils sont adhérents. Ainsi, seraient protégés *tous ceux* qui peuvent subir les inconvénients ou les préjudices liés à ce mode de formation des contrats.

[1399] Une *lex adherentica*?

Voir la Directive européenne sur le commerce électronique qui recommande l'élaboration de « codes de conduite » par « les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs ». (*Supra* note 754 art. 16).

[1400] OCDE, *supra* note 1166 à la p. 1. L'OCDE, bien sûr, évoquait alors la protection des consommateurs.

Conclusion du chapitre I

En raison de la technique qui impose la plupart du temps un certain mode de formation des contrats, dans le monde virtuel la liberté contractuelle n'est pas « la chose du monde la mieux partagée ». Les contrats cyberspatiaux scindent réellement les contractants en deux catégories : les stipulants dont la liberté contractuelle s'épanouit pleinement et les adhérents, par définition muets. Parmi les clauses imposées aux uns par les autres, on a pu noter, au cours des dernières années, une légère amélioration en nombre de celles portant sur les rattachements juridictionnel et normatif. Toutefois, elles ne sont pas encore d'un usage courant, ni même fréquent, ce qui est à regretter dans un environnement où la détermination d'une autorité compétente et d'une loi applicable en cas de différend est si malaisée et incertaine.

La liberté contractuelle est indissociablement liée au droit international privé puisqu'elle permet aux parties dont la relation comporte des éléments d'extranéité de déterminer à quel ordre juridique elles entendent soumettre leur relation. Par ailleurs, les divers ordres juridiques comportent des dispositions qui traduisent les exigences fondamentales de la société qu'ils régissent et qu'ils jugent essentielles à son fonctionnement. Parmi elles, dans les ordres juridiques étudiés, la protection du consommateur. Comment préserver cette volonté de protéger le ressortissant faible alors que, par ailleurs, on lui permet de se soumettre aux dispositions d'un autre ordre juridique, en application desquelles il risque en outre de se faire opprimer? En limitant la liberté contractuelle ou, plus exactement, en en limitant les effets. Les parties peuvent désigner la loi de leur choix mais, dans certaines circonstances, cette désignation n'exclura pas l'application des règles nationales de la partie faible.

Le droit international privé impose donc de prendre en compte la qualité des parties afin de déterminer si l'une d'entre elles doit bénéficier de ses règles protectrices nationales malgré l'exercice de la volonté contractuelle. Dans notre domaine, il oblige à vérifier si le contrat de vente fait intervenir un consommateur. Transposé dans le cadre qui est le nôtre, il convient donc de déterminer si le contrat

de vente cyberspatial fait intervenir un « cyberconsommateur ». Ce dernier terme, utilisé par plusieurs, évoque une sorte de réincarnation de l'individu protégé dans le monde virtuel.

Respectant cette analogie suggérée, nous nous sommes donc penchée en premier lieu sur le consommateur traditionnel et nous avons constaté que son existence est douteuse, et d'ailleurs remise en question par plusieurs, car elle repose sur des fondements contestables. On peut principalement reprocher au consommateur sa nature peu juridique, son existence artificielle, sa faiblesse non systématique et son inconsistance d'un ordre juridique à un autre.

Cependant, en admettant son existence pour les fins de l'analyse, nous avons cherché à vérifier ce qu'il devient lorsqu'il se livre à des activités transnationales. Force est de constater que cet être ne bénéficie pas d'une protection universelle. Il n'existe pas de textes internationaux qui attestent de son existence et le droit ne connaît pas l'activité de consommation internationale. En fait, le droit n'est pas préparé aux déplacements du consommateur. Les seules activités internationales que le droit lui permet, sous-entendu, où le consommateur est assuré de sa protection nationale, consistent à contracter avec un commerçant étranger qui s'est introduit chez lui. Dans ce cas, on le qualifie de « passif », terme à notre avis impropre à le décrire. Si l'on se permettait un raccourci, on pourrait dire en conclusion que le « consommateur international » n'existe pas.

Malgré cela, certains nous invitent à croire qu'il existe, dans le cyberespace, un équivalent du consommateur. Nous ne pouvons partager leur avis principalement parce que l'un des éléments fondamentaux qui caractérisent le consommateur a peu sa raison d'être dans le cyberespace. Il y a des consommateurs, faibles, parce que face à eux, il y a des commerçants, puissants. La raison d'être du droit de la consommation repose sur ce constat, sur ce clivage. Or, dans le cyberespace, les caractéristiques propres à chacun des protagonistes sont loin d'être aussi tranchées. Les consommateurs sont avertis, avisés, exercent leur discernement et utilisent la

technique pour faire des choix éclairés. Quant aux professionnels, il s'en trouve bon nombre de petits, aussi peu armés en matière commerciale que des particuliers et dont les moyens ne pas toujours supérieurs.

Par conséquent, chercher à régir les ventes cyberspatiales par un corps de règles dont les fondements ne se retrouvent pas dans le cyberespace constitue une fausse piste. D'ailleurs, s'il fallait s'en convaincre, il n'y a qu'à constater toutes les difficultés que provoque l'approche consumériste dans le monde virtuel. Pour les mêmes raisons, le principal constat auquel nous mène la réflexion en ce qui a trait à l'incidence du nouvel environnement sur la liberté contractuelle est que les limites qu'on lui impose dans le monde analogique ne sont pas transposables, exportables dans le monde virtuel. Les sujets[1401] que le droit prend en considération pour limiter l'autonomie de la volonté n'existent pas.

En revanche, l'observation des contrats cyberspatiaux doit orienter la réflexion dans une autre direction, celle des contrats d'adhésion, pratique incontestablement répandue dans le cyberespace, en raison de ses caractéristiques techniques. L'adhésion pourrait même, à ce titre, être réputée. Nous n'avions pas l'ambition d'établir des règles mais simplement de rechercher la meilleure orientation possible, de poser des jalons. Suggérons cependant que si les contrats imposés par les stipulants, quelle que soit leur « qualité », permettaient aux adhérents de prendre réellement et facilement connaissance de leur contenu, des obligations auxquelles ils s'engagent, du choix de mode de résolution des litiges et de la loi applicable en cas de différend, cela leur permettrait éventuellement d'éviter ce qui pourrait constituer un abus. Ainsi, par exemple, si une partie domiciliée au Québec sait à l'avance qu'en cas de litige, son cocontractant lui impose de porter l'affaire devant un tribunal australien, il y a de fortes chances qu'elle refuse de s'engager et, en raison du choix qui lui est offert par les réseaux, elle pourra se tourner vers un autre partenaire. De même si la liberté contractuelle d'un vendeur ou d'un acheteur lui permet d'imposer à

[1401] Les sujets ici doivent se comprendre au sens large. Nous parlons à la fois des consommateurs et du droit de la consommation.

son cocontractant une loi trop « étrangère » au goût de celui-ci, le contrat pourra ne pas être conclu.

Ces précautions, reposant en grande partie sur un processus d'autorégulation, constitueraient un net progrès mais ne suffisent évidemment pas. En effet, les adhérents ne sont pas toujours capables, surtout *a priori*, de discerner ce qui est abusif ou ce qui ne l'est pas. Ils peuvent aussi être rebutés par les manipulations ou, pourquoi pas, insouciants. C'est pourquoi nous pensons que les législateurs nationaux devraient réviser leurs législations en fonction des contrats d'adhésion.

En premier lieu, les règles de rattachement nationales devraient être modifiées dans ce sens. Pour n'en donner qu'un exemple, elles pourraient prévoir que l'adhérent ait toujours la possibilité de saisir le tribunal de son domicile. Nous sommes bien consciente qu'une telle solution ne ferait pas l'affaire des stipulants qui risqueraient ainsi d'être attraits n'importe où dans le monde[1402]. Ce problème est le même quel que soit l'angle sous lequel on aborde la question des litiges nés des relations cyberspatiales puisqu'il est inhérent à elles. C'est pourquoi la mise en place de modes de règlement des différends en ligne doit être encouragée et favorisée par les législateurs. Ce mode de règlement des différends devrait d'ailleurs faire partie des clauses contractuelles.

D'autre part, les législateurs nationaux devraient faire une plus grande place dans leur droit commun à la protection des adhérents, en se détachant de toute référence à l'acte de consommation.

[1402] Le même principe est retenu par le projet de Convention de La Haye (*supra* note 127), dont l'article 7 §2 prévoit qu'« un consommateur peut introduire [des procédures] devant les tribunaux de sa résidence habituelle […] ». Il est évident que les consommateurs et les associations qui les défendent tiennent à ce qu'il en soit ainsi. Le principe est assorti de conditions, dont certaines n'ont pas encore fait l'unanimité.

Chapitre II. Impact du nouvel environnement sur les facteurs de rattachement objectifs ou subsidiaires

La question préférée des juristes versés dans le droit international privé est : « où? ». Selon la réponse qui y est apportée, soit ils se désintéressent de l'affaire soit au contraire, ils utilisent cette réponse pour mettre en œuvre la logique de leur discipline. Les parties ne pensent pas toujours à leur alléger la tâche en participant elles-mêmes – et préalablement – à l'élaboration de la réponse, c'est-à-dire en désignant elles-mêmes l'autorité compétente ou la loi applicable.

Dans le cadre qui est le nôtre, la réponse sera fort souvent : « dans le cyberespace ». En effet, le monde virtuel est un espace au sein duquel des opérations juridiques s'effectuent, depuis leur naissance jusqu'à leur aboutissement. La localisation cyberspatiale de ces étapes contractuelles semble difficilement contestable et elle revêt une importance indéniable : « Location remains vitally important, but only location within a virtual space consisting of the "addresses" of the machine between which messages and information are routed »[1403]. Nous devrons donc présenter comment la localisation cyberspatiale intervient dans la mise en œuvre de logique du droit international privé (section 1).

Par la suite, toujours en se fondant sur la localisation cyberspatiale du contrat, nous vérifierons si les facteurs de rattachement résiduels font montre d'efficacité afin de permettre de désigner l'autorité compétente et la loi applicable en cas de différend contractuel. (section 2)

[1403] D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18. [L'emplacement reste extrêmement important mais seulement celui dans un espace virtuel constitué des « adresses » des machines entre lesquelles circulent les messages et l'information].

Section 1 – Les effets de la nature spatiale du monde virtuel en droit international privé

Comme le droit en général et le droit international privé en particulier attachent une grande importance aux lieux, nier la localisation cyberspatiale obligerait à recourir à des fictions – ces « hypothèses conscientes effectuées uniquement à des fins juridiques »[1404] – afin d'établir un lien artificiel[1405] entre les activités cyberspatiales et le découpage géographique et juridique de la terre. Le recours à ces « mensonge[s] de la loi »[1406], parfois indispensable, doit se faire avec parcimonie. On ne peut envisager une théorie fondée sur de nombreux artifices, un pan entier du droit ne reposant que sur eux et les combinant les uns aux autres. De plus, « la matière juridique se nourrit de réalité, et la "faisabilité matérielle" du droit, sa "praticabilité" supposent d'éviter un trop grand divorce entre le droit et les faits »[1407]. Nous allons donc chercher à déterminer l'utilité pratique de la localisation cyberspatiale.

1. La localisation cyberspatiale : un élément d'extranéité

Considérer le cyberespace comme un moyen de communication au même titre que le téléphone, par exemple, maintient le cadre exclusivement terrestre et donc géographique des relations entre les contractants. Lui reconnaître une qualité spatiale, au contraire, c'est admettre l'existence d'une entité qui se situe en dehors de la planète et de son découpage territorial. À ce titre, cette entité est « étrangère » à la

---

[1404] H. Burkert, « L'Internet et le droit – premiers tourments », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/BurkertFR.pdf> (consulté le 29 juin 2002).

[1405] Pour Olivier Cachard, ce ne sont pas certains liens entre cyberespace et terre qui sont artificiels mais au contraire la « scission […] entre le réseau internet et le territoire des États ». (*Supra* note 685 à la p. 25).

[1406] G. Cornu, dir., *supra* note 44 à la p. 382.

[1407] P. A. English, « La simultanéité et le droit privé » (2002) 99 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 juin 2002). Ou, comme le dit Herbert Burkert, « pour demeurer viables, les fictions juridiques doivent rester fonctionnelles ». (*Supra* note 1404).

terre et à ses territoires. Dans l'exemple donné par Jean-Gabriel Castel, « [l]orsque deux hommes d'affaires ontariens, lors d'un congrès à Montréal, passent un accord dans cette ville »[1408], le fait que Montréal se situe en dehors de la sphère juridique initiale des contractants constitue un élément d'extranéité.

L'élément d'extranéité est donc le fait qui provoque le besoin de rattachement. Alain Prujiner introduit un doute dans les esprits en affirmant que l'élément d'extranéité n'est pas une donnée purement factuelle. Ainsi, on ne pourrait pas parler d'élément d'extranéité en dehors de l'existence d'ordres juridiques. Pour ce juriste, « une conclusion s'impose : l'élément d'extranéité est un autre nom du facteur de rattachement »[1409]. Son raisonnement part de l'exemple proposé par Pierre Lalive dans son cours à l'Académie de droit international privé de La Haye et qui concerne la « vente d'une voiture étrangère entre deux Néerlandais aux Pays-Bas »[1410]. Dans un cas pareil,

> [l]'origine étrangère de l'automobile n'aura pas d'impact sur un problème de validité de cette vente, mais elle pourrait devenir importante dans une question de responsabilité du vendeur. Cette analyse fait bien ressortir le lien étroit à maintenir la question concrète à trancher et le facteur d'extranéité, mais elle n'explique toujours pas quelle est la nature de ce facteur[1411].

Alain Prujiner poursuit en affirmant :

> Ce qui apparaît clairement, c'est qu'il ne s'agit pas d'une simple question de fait, même s'il y a un aspect factuel dans de nombreuses circonstances. Dans l'exemple précédent, le lieu de construction de l'automobile ou l'établissement de son constructeur […] ne sont susceptibles d'intervenir dans le raisonnement qu'à partir du moment où l'ordre juridique qui analyse la question en a besoin. […] C'est la possibilité de lien avec un autre droit par un

---

1408 *Supra* note 81 à la p. 2.

1409 *Supra* note 6 à la p. 165.

1410 *Ibid*.

1411 *Ibid*.

> facteur de rattachement qui oblige l'ordre juridique saisi à mettre en œuvre la logique du droit international privé[1412].

Finalement, il conclut : « Il ne s'agit pas d'une question de fait, mais bien d'une démarche fondée sur une règle de droit. Le *facteur d'extranéité* est un construit juridique [et] l'extranéité et le rattachement sont les deux faces d'une même médaille »[1413].

Nous devons reconnaître que nous avons de la difficulté à suivre les traces d'Alain Prujiner. À notre avis, la découverte d'un élément d'extranéité repose sur l'observation factuelle. Il s'agit en effet, comme son sens étymologique l'indique, de discerner ce qui est en dehors, à l'extérieur du cadre dans lequel on se situe, qu'il soit matériel ou conceptuel. L'élément d'extranéité peut s'exprimer sous une forme négative puisqu'il désigne ce qui n'est pas compris dans ce cadre d'observation. Il n'est pas nécessaire d'avoir des connaissances juridiques pour percevoir ou comprendre que lorsqu'on franchit une frontière, on se déplace à l'extérieur de son pays.

Selon nous, il faut en premier lieu vérifier si la situation est en vase clos. Si elle ne l'est pas, si elle comporte un élément « étranger », le juriste en tirera des conséquences et utilisera cette donnée factuelle selon les prescriptions de son ordre juridique. Pierre Lalive, dans sa célèbre analyse au terme de laquelle il incite à rechercher l' « élément d'extranéité pertinent »[1414], souligne que « la délimitation entre le situations dites "internes" et les situations dites "internationales" […] ne résulte pas, on l'a compris déjà, de la nature des choses ou d'une sorte de photographie du réel. Elle résulte d'une appréciation faite, nécessairement, du point de vue d'un droit international privé »[1415]. Par la suite, il ajoute que la différence entre situation interne et situation internationale repose sur la présence d' « un élément

---

[1412] *Ibid*.

[1413] *Ibid*. à la p. 166. [Les italiques sont dans le texte original].

[1414] P. Lalive *supra* note 7 à la p. 22.

d'extranéité juridiquement significatif »[1416]. Ainsi, Pierre Lalive va moins loin dans la « construction juridique » qu'Alain Prujiner et nous préférons nous rallier à la position du premier. Dire qu'un élément particulier intéresse le juriste ne lui enlève pas sa nature factuelle. Le déclenchement d'une règle juridique ou l'application d'une théorie est provoquée par l'appropriation des faits de l'espèce par le droit puis par leur transformation en concepts propres à cette science. Ainsi, apposer sa signature au bas d'un document est un fait que le droit peut appeler expression du consentement. De même, l'endroit où habite une personne est un fait. Lorsque le privatiste a besoin de cette donnée pour déterminer le tribunal compétent, le droit lui attribue le nom de domicile ou de résidence et la transforme en concept juridique[1417]. Il reste qu'à la base, avant et en dehors de toute démarche scientifique, il n'y a que des faits. C'est le sort de tous les faits de changer de qualité dès lors qu'ils servent de fondement à un raisonnement scientifique.

Il en va ainsi du lien entre l'élément d'extranéité, factuel, et le facteur de rattachement, concept juridique. Pour nous, c'est le second et non le premier qui est le « construit juridique ».

2. La localisation cyberspatiale peut-elle constituer un facteur de rattachement?

Évidemment, pour déclencher le mécanisme de droit international privé et surtout pour le mener à bien, il faut que l'élément d'extranéité, transformé en facteur de rattachement, mène à un ordre juridique. Si, à la fin de ce cheminement, on n'y

---

[1415] *Ibid*.

[1416] *Ibid*. [Nous soulignons].

[1417] D'ailleurs, chaque science scrute les faits au travers de son propre prisme. Par exemple, supposons une personne qui présente des troubles de comportement et qui n'est plus apte à prendre soin d'elle-même. Cette observation se traduira pour le juriste en termes de protection du majeur et de curatelle alors que le médecin y verra peut-être la maladie d'Alzheimer. En outre, chaque fait revêt plus ou moins d'importance, de « pertinence » selon les besoins de celui qui les prend en considération. Ainsi, devant une blessure à un œil provoquée par un corps étranger, un médecin sera indifférent à la participation d'autrui à l'accident alors qu'il importera peu au juriste de savoir si le corps étranger est métallique ou végétal.

aboutit pas, cela ne signifie pourtant pas ni l'inexistence de l'élément d'extranéité ni l'impuissance du droit international privé.

Ainsi, Pierre Mayer et Vincent Heuzé, lorsqu'ils traitent de la désignation de l'ordre juridique compétent, observent que, parfois, il peut y avoir défaut de rattachement. Parmi les trois causes possibles, ils envisagent la situation où le rattachement, bien que connu, « *n'est pas de nature à désigner un ordre juridique* [comme dans le cas où] un bien se trouve dans un espace non soumis à la souveraineté d'un État (haute mer) »[1418]. L'élément d'extranéité ici est la localisation du bien à l'extérieur du territoire national de tel ou tel État, plus, en dehors de tout État souverain. Ce lieu ne faisant pas partie d'un ordre juridique ou n'en constituant pas un, le droit ne peut le revêtir de la qualité de facteur de rattachement[1419].

À notre avis, la localisation cyberspatiale ne peut recevoir actuellement la qualification de facteur de rattachement. En effet, il suffit de rappeler ce qu'est un facteur de rattachement. Jean-Gabriel Castel, le définit comme « l'élément local de fait ou de droit qui rattache le problème juridique à la loi d'une unité juridique distincte »[1420]. Pierre Mayer et Vincent Heuzé donnent l'exemple suivant : « si la règle de conflit applicable retient comme élément de rattachement le lieu du délit, il faut déterminer quel est en l'espèce ce lieu : l'ordre juridique compétent est celui de l'État sur le territoire duquel il est situé »[1421]. Le facteur de rattachement est donc intimement lié à l'ordre juridique dans la sphère duquel il se situe.

Or, actuellement du moins, on ne peut opérer de rapprochement entre cyberespace et ordre juridique. Paul Lagarde, pour ne citer que lui, distingue deux conditions principales pour que l'on puisse parler d'ordre juridique : d'une part la présence d'un ensemble de règles et d'autre part l'existence d'une société

[1418] *Supra* note 36 à la p. 121. [Les italiques sont dans le texte original].

[1419] Nous exposerons ci-dessous à la p. 463 la solution pour ne pas laisser une situation pareille sans issue.

[1420] *Supra* note 81 à la p. 43.

[1421] *Supra* note 36 à la p. 119.

productrice de ces normes[1422]. Nous commencerons par vérifier cette dernière condition en regard du monde des cybernautes.

La notion d'entité qui pose la norme « renvoie à un élément d'organisation sociale, d'unité structurée en vue d'une certaine fin […] »[1423]. Pour Santi Romano, l'organisation doit reposer sur des bases plus solides que la seule « promiscuité humaine »[1424] ou la « simple affinité »[1425] mais sa vocation n'intervient pas dans la qualification. Il suffit qu'il s'agisse d'un « corps social »[1426], dont l'« individualité propre »[1427] est « apparente, visible »[1428] et qui est « stable et permanente »[1429].

On sait que pour Paul Lagarde, ce premier élément est fatal à la *lex mercatoria*. « La *societas mercatorum* [ne] constitue [pas] une institution capable de produire ses propres normes »[1430], principalement en raison de son manque

---

[1422] Voir P. Lagarde, *supra* note 451. Nombreux sont les philosophes et juristes qui ont écrit sur l'ordre juridique. Il est donc impossible de les citer ici. Mentionnons que la revue Droits consacre deux de ses numéros à l'ordre juridique (2000 (33) et 2002 (35) *Droits*).

Comme le concept est à la base de l'opposition qui en partagent plusieurs sur la juridicité de la *lex mercatoria*, nous nous contenterons de citer ici quelques uns de ceux qui y ont pris part à ce débat :

B. M. Cremades et S. L. Plehn, « The new *lex mercatoria* and the harmonization of the laws of international commercial transactions », (1984) 2 Boston University Int. L. J. 317; E. Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria*, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JCP, Éd. G., no 14 147; B. Goldman, « Frontières du droit et « lex mercatoria », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 177; B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives » (1979) J.D.I. 475; K. Highet, *supra* note 451; Ph. Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », dans *Le droit des relations économiques internationales – Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 97; Ph. Kahn, *supra* note 459; P. Lagarde, *supra* note 451; Lord Mustill, *supra* note 644; F. Osmann, *supra* note 349; C. M. Schmitthoff, « The Unification of the Law of International Trade », (1968) The Jl of Business Law 105.

Nous n'entendons absolument pas, dans le cadre de notre travail, nous livrer à une discussion sur la juridicité de la *lex mercatoria*, ne serait-ce qu'en raison de son ampleur et de sa distance par rapport à notre sujet, de même que nous ne prendrons pas position dans le débat. Toutefois, comme il est indéniable qu'il a toujours cours, nous utiliserons les éléments qui lui servent de fondements, et sur lesquels reposent justement les arguments des uns et des autres, pour vérifier si le cyberespace peut éventuellement constituer un ordre juridique.

[1423] *Ibid*. à la p. 134.

[1424] S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975 à la p. 25 note 1.

[1425] *Ibid*. à la p. 18.

[1426] *Ibid*. à la p. 25.

[1427] *Ibid*. à la p. 27.

[1428] *Ibid*.

[1429] *Ibid*. à la p. 28.

[1430] *Supra* note 451 à la p. 133.

d'homogénéité, les activités des céréaliers différant de celles du commerce du coton, de la laine ou des diamants :

> […] il semble que ce soient seulement des *îlots* d'organisation qui apparaissent dans le commerce international, non une organisation unique. On peut admettre que telle opération du commerce international relève, sous réserve d'une vérification ponctuelle, de règles matérielles issues de tel de ces îlots auquel ressortissent, de près ou de loin, les parties. Mais il paraît difficile d'aller plus loin. Même si la pratique contractuelle devait en fournir quelques exemples la soumission globale d'un contrat à la *lex mercatoria* en général paraîtrait vide de sens, car elle présupposerait l'existence d'un ordre juridique, donc d'une organisation sociale, que l'expérience ne permet pas encore de constater.[1431]

Nous nous contenterons ici de dire que nous ne partageons pas cette opinion, parce que d'un point de vue fondamental, peu importe la matière concernée par le commerce, le monde de marchands est bien constitué de « plusieurs individus qui coexistent ou se succèdent, unis par un intérêt commun ou constant, ou par le dessein, la mission qu'ils poursuivent »[1432]. Leur « intérêt commun » s'exprime en quelques mots : ils effectuent tous des opérations de transfert de propriété sur des biens, fondées sur la vente et dont l'unique objectif est le profit.

Le cyberespace « commercial », l'une des « communautés sectorielles »[1433] du monde virtuel, est-il une entité capable de produire des normes ? Nous sommes tentée de répondre affirmativement : en premier lieu, on constate l'existence d'une communauté qui partage un but commun et en second lieu, par plusieurs voies, les acteurs du commerce international proposent des normes, souvent par le biais d'organisations intergouvernementales ou non gouvernementales, comme celles que nous avons mentionnées, la CNUDCI, l'OCDE, la CCI, l'American Bar Association

---

[1431] *Ibid*. à la p. 139. [Les italiques sont dans le texte original].

[1432] S. Romano, *supra* note 1424 aux pp. 26-27.

[1433] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 32.

ou des groupements de consommateurs. À la suite d'une étude beaucoup plus approfondie que celle qui est nécessaire ici, Vincent Gautrais conclut :

> Sans interventions nationales ou internationales, des entités d'influences variables, établissent séries de normes qui par le poids de leur persuasion, souvent économique, parviennent à obtenir une reconnaissance parfois très grande auprès de l'ensemble de la communauté du cyberespace. [U]ne interaction grandissante est en train de s'établir entre les modèles proposés par les *acteurs* du médium de communication et la *communauté* elle-même, avides de sources normatives étant donné la moindre existence et pertinence de sources formelles[1434].

En ce qui concerne la deuxième condition dont parle Paul Lagarde, pour pouvoir établir l'existence d'un ordre juridique, il faut y trouver un corps de normes, un ensemble de règles. C'est à ce niveau que nous sommes le plus sceptique sur l'existence de la *lex mercatoria numerica*[1435]. D'une part, les règles élaborées jusqu'à présent sont certainement lacunaires. En d'autres termes, elles ne sont peut-être pas encore aptes à résoudre un *ensemble* de questions juridiques, en l'occurrence le droit des obligations, ni même le droit des contrats de vente. Étant donné l'ampleur, ne serait-ce que potentielle, du commerce électronique[1436], on peut penser que les règles actuelles ne représentent qu'un simple échantillonnage de solutions ponctuelles. D'autre part, selon plusieurs[1437], il existerait déjà des usages et des

---

[1434] V. Gautrais, *supra* note 18 aux pp. 292-293. [Les italiques sont dans le texte original]. Sur ce sujet, voir également P. Trudel *et al.*, *supra* note 17.

[1435] Nous préférons cette expression, proposée par Éric Caprioli et Renaud Sorieul (*supra* note 18 à la p. 330), à celle de *lex electronica*, répandue par Pierre Trudel et son équipe (*supra* note 17 à la p. 3-57). Pour nous, celle-ci concerne plus « les modalités des communications électroniques » (O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 30) que les relations entre acheteurs et vendeurs. L'expression utilisée par Éric Caprioli et Renaud Sorieul nous convient à une nuance près : le terme « *mercatoria* » restreint trop sa portée aux seuls commerçants, aux seuls marchands professionnels. Or, selon notre proposition, la réflexion sur le commerce cyberspatial ne devrait plus s'attacher principalement à cette distinction entre les professionnels et les autres. Puisque notre recherche ne porte pas sur l'étude de cette loi, nous nous abstiendrons de rechercher une dénomination plus adéquate et nous utiliserons *lex mercatoria numerica* par commodité de langage.

[1436] À notre point de vue, il est très ample puisqu'il porte sur toutes les opérations de vente, aussi bien entre professionnels qu'avec les « négociants occasionnels ». Même si on ne considère que celles s'effectuant sur le Web, on a vu qu'elles impliquent l'existence et l'élaboration de règles sur de nombreux aspects.

[1437] Notamment É. Caprioli et R. Sorieul, *supra* note 18; V. Gautrais, *supra* note 18; D. R. Johnson et D. G. Post, *supra* note 18; D. G. Post, « Anarchy, State, and the Internet : An Essay on Law-Making in Cyberspace » 1995 J. Online L. art.3, en ligne : <http://www.law.georgetown.edu/olin/papers/post1a.html>, (consulté le 24 juin 2002); J.

coutumes[1438]. Nous sommes tentée de leur répondre par la bouche de Jean Carbonnier: « Mais peut-il y avoir des coutumes en gestation dans notre temps? […] Seulement, juristes éphémères, c'est le recul qui nous fait défaut pour observer : à un phénomène de longue durée comme la genèse d'une coutume, il faudrait des observateurs de longue durée »[1439]. Éric Caprioli et Renaud Sorieul rétorqueraient :

> Néanmoins, l'hypothèse théorique consistant à constater l'émergence d'une nouvelle forme de coutume ne doit pas être écartée. Selon certains auteurs, la rapidité des évolutions économiques et sociales interdirait à la coutume de "mettre le droit en concordance avec ces changements". Pourtant, si chacun s'accorde à penser que les réseaux de communication entraînent à la fois accélération du temps et réduction de l'espace dans le village planétaire, l'impact de ces facteurs sur la formation des règles juridiques internationales ne peut être négligé. Ne fût-ce que parce qu'il est accéléré par la vitesse des moyens modernes de communication qui tend "à écarter le facteur temps nécessaire à la formation de la coutume", assimiler le phénomène à une "coutume à formation rapide, quasi-instantanée" ne semble pas abusif[1440].

En dehors de toute question de principe[1441], nous ne sommes pas encore convaincue de l'existence d'une *lex mercatoria numerica*, considérant que, de toutes façons, il est prématuré de pouvoir déceler dans le cyberespace « un noyau de normes et d'autorités assez dense pour constituer un système, un ensemble juridique identifiable »[1442]. Si un jour l'ordre juridique cyberspatial était reconnu, peut-être

---

R. Reidenberg, « Governing Networks and Cyberspace Rule-Making » (1996) 45 Emory Law Journal, en ligne : <http://ksgwww.harvard.edu/iip/GIIconf/reid.html> (consulté le 24 juin 2002); P. Trudel *et al.*, *supra* note 17.

[1438] Il y a quelques années, Pierre Trudel prédisait que, dans un avenir proche, des règles aptes à régir les opérations cyberspatiales « pourraient prendre la forme d'usages manifestés par des clauses qui se répandraient dans les pratiques contractuelles. Les pratiques pourraient en tout ou en partie être codifiées par les différents organismes internationaux. Ainsi, on verrait l'émergence d'un droit a-national du commerce électronique composé des divers usages et coutumes de la communauté du commerce dans l'Internet ». (P. Trudel, « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », (1995) 55 R. du B. 521 à la p. 549).

[1439] *Supra* note 29 à la p. 118.

[1440] É. Caprioli et R. Sorieul, *supra* note 18 aux pp. 328-329. Il est vrai que la nouvelle technique « rend dinosaure le temps d'autrefois ». (M. Serres, *Le Monde*, 19 juin 2001, dans A. Finkielkraut, *L'imparfait du présent*, Paris, Gallimard, 2002 à la p. 167.)

[1441] Il y a tout lieu de croire que la *lex mercatoria numerica*, lorsque son émergence deviendra plus probable, donnera lieu aux mêmes querelles de principe que la *lex mercatoria*.

[1442] A. Prujiner, *supra* note 6 à la p. 163.

pourrait-on alors envisager l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat virtuel, celle du lieu d'exécution des obligations dématérialisées.

3. Synthèse

La localisation d'un fait, d'un événement oblige, en droit international privé, à parler d'élément d'extranéité et de facteur de rattachement. Dire que certains activités se déroulent dans le cyberespace, comme la conclusion d'un contrat ou l'exécution de ses obligations, oblige donc à vérifier quelle fonction la matière assigne à cette localisation.

Nous avons constaté qu'elle constitue un élément d'extranéité. L'espace virtuel est « étranger », l'activité qui s'y déroule est en dehors des territoires nationaux qui forment la terre. Dire qu'un contrat a été conclu dans le cyberespace déclenche le raisonnement de droit international privé en tenant compte de la réalité des choses, et non en la court-circuitant comme font ceux pour qui « la doctrine du cyberespace constitue une construction théorique gratuite »[1443] et qui préfèrent le considérer comme un moyen de communication.

Pour l'heure, nous ne pensons pas que la localisation cyberspatiale puisse constituer un facteur de rattachement, celui-ci ayant pour fonction de désigner un ordre juridique. En effet, l'existence et la juridicité de cette entité est douteuse. À notre avis, ce n'est pas tant la communauté qui fait défaut, peut-être pas non plus la capacité de celle-ci d'élaborer des normes mais surtout la jeunesse de celles-ci ainsi que leur manque de complétude. Même si tout évolue très vite dans le monde virtuel, la génération future sera peut-être mieux à même de réévaluer la question.

[1443] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 25.

Section 2 – Vérification de la compatibilité et de l’efficacité des facteurs de rattachement en matière de contrats cyberspatiaux

Reprenant le cas du bien situé en haute-mer, afin de ne pas laisser le justiciable sans recours, Pierre Mayer et Vincent Heuzé suggèrent « [d]eux palliatifs […]. Ou bien on édicte un rattachement subsidiaire pour remplacer le rattachement principal défaillant ; ou bien on applique la règle substantielle du for, dont la vocation est universelle et qui peut donc toujours être appliquée à défaut d’une autre loi […] »[1444].

La situation donnée comme illustration par les deux auteurs présente une similitude frappante avec le cyberespace. Le fait que le contrat ait été conclu ou exécuté dans le cyberespace est, par essence, un élément d’extranéité mais dans ce cas, le facteur de rattachement est défectueux. Il oblige donc à rechercher un autre rattachement, ce que nous nous proposons de faire maintenant. À cette fin, nous nous pencherons sur les facteurs résiduels utilisés dans les relations traditionnelles afin de vérifier s’ils sont en mesure d’assurer la fonction de « subsidiarité » préconisée par Pierre Mayer et Vincent Heuzé.

1. Le lieu de conclusion du contrat

Bien que passablement délaissé dans le monde analogique en raison des difficultés liés à sa détermination, le lieu de conclusion du contrat n’en a pas pour autant été complètement abandonné. Pour les relations cyberspatiales, il sera nécessaire d’y recourir pour déterminer la loi applicable à la forme du contrat[1445] ou, dans certaines situations, celle régissant son fond[1446]. Le lieu de conclusion du

---

[1444] *Ibid*. Encore faut-il pouvoir déterminer le for.

[1445] Art. 3109 C.c.Q., éventuellement art. 9 § 1 Convention de Rome.

[1446] Art. 3114 § 1 C.c.Q., art. 3117 C.c.Q et art. 5 § 2 Convention de Rome. On peut se demander à quoi correspond la différence des termes utilisés par ces dispositions. Alors que l’article 3114 C.c.Q. parle clairement

contrat devra aussi être déterminé pour l'application de la théorie du cocontractant de bonne foi en droit québécois[1447].

Le problème du lieu de conclusion du contrat cyberspatial est plus large que celui posé par la seule réception de l'acceptation. La localisation de l'offre, ou, pour reprendre les termes de la Convention de Rome, de la proposition, soulève des questions identiques.

Comment ces offres ou acceptations peuvent-elles être localisées en termes géographiques? À notre avis, d'aucune façon. D'abord, même en acceptant de se servir de repères terrestres, il n'y a pas un lieu mais plusieurs qui interviennent : « dans le commerce électronique, il est difficile de dire que la conclusion d'un contrat se situe dans un lieu particulier : elle est initiée [sic] à partir d'un terminal, et traitée dans un ordinateur qui la reçoit, pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents »[1448].

Ainsi, lorsqu'un client fait parvenir son acceptation par courrier électronique, il est difficile d'établir « où » elle se trouve puisqu'elle n'est pas déposée dans l'ordinateur de l'interlocuteur mais plutôt à l'adresse numérique du serveur qui abrite le compte de l'utilisateur destinataire. En outre, il n'y a pas de correspondance réelle entre le lieu d'établissement d'une partie sur la planète et le cyberespace. En établir une consisterait en une fiction, et il est difficile de choisir où la fixer puisque, par exemple, « une acceptation en ligne, manifestée par un clic, [peut] être localisée fictivement aussi bien au lieu de résidence du consommateur que du vendeur »[1449].

---

du lieu de conclusion du contrat, comme le fait d'ailleurs l'article 8 de la Convention de La Haye de 1986, les autres textes utilisent des périphrases en reliant la loi applicable au lieu d'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat.

[1447] Art. 3086 et 3087 C.c.Q.

[1448] J. Huet, *supra* note 940 au § 27.

[1449] O. Cachard, *supra* note 685 aux pp. 221-222.

Étienne Dubuisson propose de faire un lien avec le matériel utilisé pour pénétrer dans le cyberespace :

> Où l'engagement se trouve-t-il formé? […] Ce qui est à distance, ce sont les personnes, ce n'est pas le lien de droit. En effet, l'engagement juridique télénomique exige l'emploi d'un réseau interactif dans lequel on ne peut plus isoler le partenaire contractuel comme un corpuscule; les deux partenaires établissent à distance un lien à la manière d'une onde qui se concrétise là où l'utilisateur d'un terminal la capte. Le principe peut donc être que ce lieu de formation du lien télénomique sera celui du lieu où se trouve le terminal ayant servi à entrer dans le réseau[1450].

Même si elle semble présenter un certain intérêt pratique, cette proposition ne devrait pas être retenue. En premier lieu, pour le motif que nous venons de mentionner et ensuite parce que même si l'on admettait, pour des raisons de commodité, elle ne résoudrait pas réellement la difficulté de détermination du lieu. La solution proposée par Étienne Dubuisson serait éventuellement acceptable dans la mesure où l'on envisage des ordinateurs fixes, que l'on ne peut déplacer aisément. Or, actuellement, technique et mobilité vont de pair. En plus des ordinateurs « portables », l'accès au réseau est possible par le biais de téléphones, dits « mobiles » ou « cellulaires ». Dans ces conditions, il est difficile d'établir avec certitude la localisation géographique du terminal. Comme le reconnaît le Groupe européen de droit international privé, « lorsque le contrat est conclu par une simple pression sur la souris d'un ordinateur, il est sans doute possible de déterminer l'ordinateur émetteur, mais il ne l'est pas de localiser dans l'espace cet ordinateur au moment de l'émission »[1451].

La seule localisation exacte et pertinente de la conclusion du contrat est cyberspatiale. On ne peut relier la conclusion à un quelconque lieu terrestre, puisque

---

[1450] *Supra* note 817 à la p. 25.

[1451] Groupe européen de droit international privé, « Commentaire consolidé des propositions de modification des article 3, 5, 6, 7 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement "Bruxelles I") », en ligne : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html> (consulté le 5 juin 2002) au § 27.

les contrats ne sont jamais réellement conclus sur des territoires mais bien en dehors de ceux-ci. Il ne faut pas se surprendre que les textes adaptés au nouvel environnement n'utilisent plus comme facteur de rattachement le lieu de conclusion du contrat.

2. Le lieu d'exécution des obligations

Ce facteur, encore utilisé ou prévu pour les relations traditionnelles aussi bien à de fins de rattachement normatif[1452] que juridictionnel[1453], est repris par certains textes applicables aux relations cyberspatiales. Ainsi, en vertu de l'article 5 1) a) du Règlement européen, « [u]ne personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre […] en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». Plusieurs variantes de l'article 6 du projet de Convention de La Haye font également référence à l'exécution des obligations.

C'est ici que la distinction entre biens matériels et biens non tangibles révèle son utilité. Pour les premiers, la détermination de la localisation ne posera pas de problèmes inconnus. En revanche, « [o]ù doit-on situer le lieu de livraison du bien immatériel vendu en ligne ? […] Par exemple, l'accès à une base de données en ligne se fait sur présentation d'un identifiant et d'un mot de passe. Or […] l'abonné peut se connecter à la base de données depuis tout poste relié au réseau »[1454]. Les précisions apportées par le Règlement européen ne sont pas d'une grande aide dans ce genre de situation :

[1452] Art. 3114 al. 2 § 2 C.c.Q.; art. 8 § 2 *b*) Convention de La Haye de 1986.

[1453] Art. 3148 et 3168 C.c.Q.

[1454] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 176.

> b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:
>
> • pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées
>
> • pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis[1455]

Nous pensons qu'en fait, la détermination du lieu d'exécution des obligations en ligne présente exactement les mêmes difficultés que celui du lieu de conclusion du contrat, d'autant plus que, comme nous l'avons mentionné, d'un point de vue technique dans les deux cas, il s'agit de transmission de données numériques.

Au-delà de cela, l'exécution engendre plusieurs difficultés supplémentaires. Cherchant à proposer des facteurs de rattachement juridictionnel pour les opérations cyberspatiales, la Commission chargée de l'étude des contrats à la Table ronde de Genève, à propos des contrats entre professionnels,

> a reconnu qu'il convenait de séparer d'une part les contrats conclus électroniquement en ligne, mais exécutés hors ligne en tout ou en partie et ceux qui, conclus en ligne, sont également exécutés intégralement en ligne. Pour les premiers, les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle qui se fondent sur le lieu d'exécution du contrat ou d'une activité territoriale générée par l'exécution du contrat demeurent pertinentes et efficaces alors même que le contrat aura été négocie ou conclu en ligne. En revanche, pour les contrats intégralement exécutés en ligne, ni le lieu de conclusion, ni le lieu d'exécution, ni le lieu de l'activité ne sont opérants. Toutefois, la Commission n'a proposé aucun critère de compétence alternatif[1456].

[1455] Art. 5.

[1456] *Supra* note 1356. « Les mêmes questions concernant la localisation […], exposées […] pour la compétence juridictionnelle, sont pertinentes, aux yeux de la Commission, pour la loi applicable. » (*Ibid.*).

Nous avons mentionné l'une des situations envisagées par la Commission, celle des contrats dont l'obligation de livraison doit s'exécuter partiellement sous forme tangible, partiellement sous forme immatérielle. On peut certes y apporter des solutions, comme par exemple par l'application de la théorie de l'accessoire, à condition de réussir à distinguer le principal de l'accessoire. La solution pourrait reposer sur une fiction établissant que pour ce type d'exécution, la « terrienne » l'emporte sur la « cyberspatiale ».

Un autre cas de figure nous paraît embarrassant à la lumière des recommandations de la Commission. Ses propos indiquent clairement qu'en fonction du mode d'exécution, les contrats doivent recevoir un traitement juridique différent. Si l'on suit cette théorie, quelle règle appliquer lorsqu'un même produit peut être livré soit par voie terrestre, soit par voie numérique, comme cela peut facilement s'envisager pour la vente d'un livre ? N'y aurait-il pas de risque, selon le régime juridique qui l'avantage, que l'une des parties, quelle que soit la volonté de son cocontractant, impose une forme de livraison ? De plus, on peut imaginer des situations totalement indépendantes de la volonté des parties – grève des services postaux, problèmes de transmission électronique –, où la livraison devra se faire sous une forme ou sous une autre, déclenchant alors de façon aléatoire l'application de règles différentes. N'y aurait-il pas incohérence pour une opération qui, fondamentalement, est toujours la même ? Plus grave encore, n'est-ce pas exposer les cocontractants à une insécurité juridique inacceptable ?

Parmi les difficultés engendrées par le rattachement au lieu d'exécution, Olivier Cachard mentionne que « [l]e contrat a exécution successive pourrait […] être exécuté successivement, en plusieurs endroits »[1457]. Même si cette observation ne s'applique pas qu'au nouvel environnement, il est vrai qu'il rend cette possibilité plus fréquente

---

[1457] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 176.

La Cour de justice des Communautés européennes a récemment rendu une décision fort importante en qui a trait à la compétence du tribunal fondée sur le lieu d'exécution de l'obligation[1458]. Même si l'affaire ne concernait pas des relations cyberspatiales, il est possible que la décision de la Cour ait des conséquences majeures en la matière. Le litige opposait une société belge à des sociétés allemandes et la première réclamait aux secondes des « dommages et intérêts […] en réparation du préjudice qu'elle prétend avoir subi à la suite du non-respect par celles-ci d'une clause d'exclusivité dans le cadre d'un contrat portant sur un marché public »[1459]. Le Tribunal de commerce de Bruxelles s'était déclaré compétent parce que « l'obligation litigieuse, à savoir l'engagement d'exclusivité, devait être exécutée en Belgique en tant que corollaire à l'élaboration de l'offre commune »[1460].

La question qui a été posée à la Cour de justice reposait essentiellement sur le fait que l'obligation litigieuse était susceptible d'exécution en plusieurs lieux et non uniquement en un seul :

> L'article 5, point 1, de la convention [de Bruxelles] [...] doit-il être interprété en ce sens que le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, en matière contractuelle, dans un autre État contractant devant le tribunal de l'un quelconque des lieux où l'obligation a été ou doit être exécutée, en particulier lorsque, consistant en une obligation de ne pas faire - telle que, comme en l'espèce, un engagement d'agir exclusivement avec un cocontractant en vue de la remise d'une offre conjointe dans le cadre d'un marché public et de ne pas se lier avec un autre partenaire -, cette obligation doit être exécutée en quelque lieu que ce soit de par le monde?
>
> Dans la négative, ledit défendeur peut-il être attrait précisément devant le tribunal de l'un des lieux où l'obligation a été ou doit être

---

1458 C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-256/00, *Besix*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 juin 2002).

1459 *Ibid*. au § 2.

1460 *Ibid*. au § 12. Le texte applicable était l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles, maintenant repris par le Règlement européen.

> exécutée et, en ce cas, selon quel critère ce lieu doit-il être déterminé?[1461]

Lorsque plusieurs lieux d'exécution sont possibles, il est difficile d'en trouver un qui soit plus significatif que les autres et qui donnerait ainsi compétence au tribunal de ce lieu. C'est pourquoi la Cour de justice a conclu que l'article 5 de la Convention de Bruxelles était inapplicable dans de tels cas[1462]. Un juriste commente cette décision en observant : « [L]'analyse de la Cour est transposable à l'Internet, au point de paraître avoir été conçue en vue de futures applications à ce domaine nouveau »[1463].

3. La loi qui présente les liens les plus étroits et la prestation caractéristique

Le principe de proximité[1464] oblige à une vision globale de la relation contractuelle et « marque l'abandon de la recherche d'une localisation du contrat lui-même »[1465]. Plusieurs éléments concourent à déterminer le « centre de gravité » du contrat qui reflète les liens les plus étroits que ce dernier entretient avec un ordre juridique donné. Nous venons d'expliquer que certains de ces éléments sont d'une utilisation inappropriée aux relations cyberspatiales, comme le lieu de conclusion du contrat ou celui de son exécution, lorsqu'elle a lieu en ligne. D'une détermination peu facile même dans le monde analogique, de façon générale, on peut conclure que la recherche de liens étroits, dans le cyberespace, « serait rendue plus difficile par la dématérialisation de l'objet du contrat »[1466]. Prenons comme illustration la vente de

---

[1461] *Ibid*. au § 21.

[1462] « Dans ces conditions, la compétence ne peut, dans un tel cas, qu'être déterminée conformément à l'article 2 de la convention de Bruxelles, lequel assure un critère certain et fiable ». (*Ibid*. au § 50).

[1463] P. Thieffry, « Inapplicabilité de l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles en cas de multiplicité de lieux d'exécution », en ligne : <http://www.thieffry.com/articles/multiplicite.htm> (consulté le 26 juin 2002).

[1464] Art. 3112 C.c.Q. et art. 4 §1 Convention de Rome.

[1465] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 177.

[1466] *Ibid*. à la p. 178.

programmes informatiques entre un vendeur canadien et une entreprise américaine, l'exécution ayant lieu uniquement par voie numérique. « If the American later sue for breach of contract, the factors that the court will consider in determining the law to apply may leave it unable to do so. The place of contract, the place of negotiation, and the place of performance are all in cyberspace»[1467]. Quant aux autres éléments entourant le contrat, il est fort possible qu'ils jouent autant en faveur d'un pays que de l'autre. Force est donc de constater que la « proper law of the contract » ne constitue pas une solution efficace[1468]. La théorie de la « loi qui présente les liens les plus étroits » avec le dossier devrait donc, de notre point de vue, être totalement écartée en matière de contrats cyberspatiaux.

La notion de prestation caractéristique, qui est présumée représenter le mieux ces liens étroits, est-elle utile et adaptée aux contrats cyberspatiaux? Comme elle purement conceptuelle, liée à l'institution juridique contractuelle que, nous le pensons, le monde virtuel n'oblige pas à redéfinir, elle paraît constituer un « rattachement […] opérationnel »[1469]. Elle permet d'éviter plusieurs écueils. Elle est indépendante de la nature de l'objet de l'opération, donc concerne autant les biens tangibles que ceux délivrés par voie numérique. D'autre part, elle ne comporte pas en elle-même de référence à une localisation.

Un auteur pointe cependant quelques difficultés. Classiquement, la prestation caractéristique est celle en faveur de laquelle une contrepartie monétaire est due. Dans le cyberespace, mentionnons, même si cela se situe en dehors de notre champ d'intérêt, que les prestations gratuites ne sont pas rares en matière de fourniture de

---

[1467] G. Ferrera *et al.*, *Cyberlaw : Text and cases*, Cincinnati, West/Thomson Learning, 2001 à la p. 353. [Si la partie américaine poursuit ensuite en justice son partenaire pour bris de contrat, les éléments que le tribunal devra prendre en considération pour déterminer la loi applicable le mèneront peut-être à une impasse. Le lieu du contrat, le lieu de la négociation et le lieu d'exécution sont tous dans le cyberespace].

[1468] D'autant que devant la difficulté à la déterminer le juge, si les parties se présentent devant un tribunal étatique, aura tendance à appliquer son propre droit, « because that is the law it is more familiar with ». [parce que c'est le droit qui lui est le plus familier]. Or ce droit risque fort de n'avoir que peu de liens avec le litige. (G. Ferrera *et al.*, *supra* note 1467 à la p. 353.)

[1469] O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 188.

services et il est alors « difficile de dire laquelle [de celle du fournisseur ou de l'utilisateur] est la prestation caractéristique »[1470].

Dans un registre qui nous concerne plus, l'auteur affirme que « l'opportunité de l'application de la loi du débiteur de la prestation caractéristique est contestée en matière de commercialisation de logiciels »[1471]. En la matière, il se demande si une règle matérielle de droit uniforme ne serait pas mieux adaptée qu'une règle de rattachement. Il conclut finalement que « la Convention de Rome peut appréhender, dans leur généralité, les nouveaux contrats innommés relatifs à l'exploitation de l'information et des propriétés intellectuelles »[1472]. Que l'on considère les logiciels comme des licences, ainsi que le fait le UCITA américain[1473] ou comme des marchandises, à défaut de choix de loi par les parties, s'appliquera celle de la résidence du donneur de licence ou de celui qui vend la marchandise.

4. Le lieu d'établissement ou la résidence de l'une des parties

La prestation caractéristique ne suffit pas en elle-même à établir un lien entre le contrat et un territoire. Encore faut-il l'ancrer dans un ordre juridique. Suivant la doctrine d'Adolf Schnitzer, il s'agit de celui où elle provoque des modifications économiques, soit l'État où se trouve l'établissement ou de la résidence du débiteur[1474].

[1470] *Ibid*. à la p. 190. L'auteur en vient à déterminer que dans certaines situations « l'utilisateur ne saurait être le débiteur de la prestation caractéristique », alors que dans d'autres, c'est le fournisseur qui en est le créancier. (*Ibid*. aux pp. 189-191).

[1471] *Ibid*. à la p. 191.

[1472] *Ibid*. à la p. 195.

[1473] *Uniform Computer Information Transactions Act*, *supra* note 758.

4.1 Le principe

Écartant pour le moment la recherche de la partie dont la résidence doit être retenue[1475], rappelons que les facteurs de rattachement liés aux personnes ont, dans le monde traditionnel, une importance tant en matière normative[1476] que juridictionnelle[1477].

Ces facteurs, adoptés en matière juridictionnelle par les textes nouvellement élaborés en tenant compte du commerce cyberspatial[1478], présentent le très grand avantage de ne pas faire un lien artificiel, difficile à établir et contestable entre des éléments situés dans le monde virtuel et la géographie terrestre. Alors que l'on peut contester l'existence d'une localisation territoriale de la conclusion du contrat virtuel, par exemple, personne ne peut nier que quiconque réside ou a un domicile sur la terre. En outre, ils présentent l'avantage supplémentaire d'une relative stabilité.

Lorsqu'il est nécessaire de rattacher une activité cyberspatiale à un territoire donné, l'établissement ou la résidence de l'une des parties constituent à notre avis l'unique lien justifiable. Olivier Cachard, après avoir nié la nature spatiale de l'environnement numérique[1479], estime que « la prétendue localisation du

---

[1474] Pour les besoins de l'exposé qui suit, nous inclurons également le domicile dans cette catégorie de facteurs de rattachement.

[1475] Voir ci-dessous, à la p. 477 et s.

[1476] Art. 3113, 3114, 3117 C.c.Q.; art. 4 § 2 Convention de Rome; art. 3 Convention de La Haye de 1955; art. 8 Convention de La Haye de 1986.

[1477] Art. 3148, 3149, 3168 C.c.Q.; art. 3 projet de Convention de La Haye; art. 2, 13 Convention de Bruxelles; art. 2, 15 Règlement européen.

[1478] Le domicile est prévu par le Règlement européen, *supra* note 93 art. 2 (principe général) et art. 15 (contrats de consommation). Cet article mentionne l'établissement comme substitut au domicile : « Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État ».

La résidence est utilisée par le projet de Convention de La Haye, *supra* note 127 art. 3 (principe général) et art. 7 (contrats de consommation). L'article 9 prévoit un rattachement au lieu de l'établissement « si le litige est directement lié à l'activité de cette succursale, agence ou cet établissement [ou à cette activité commerciale habituelle] ».

[1479] Voir *supra* note 800.

commerçant dans cette sphère immatérielle est dépourvue d'effet utile »[1480]. Bien que nous réfutions sa première proposition, nous sommes presque en accord avec la seconde. En effet, le commerçant ou tout autre cybernaute est jusqu'à preuve du contraire une personne, physique ou morale, dont les attaches terrestres subsistent. Par conséquent, la localisation *exclusive* des personnes dans cet environnement virtuel est peut-être inutile mais elle est surtout insensée.

4.2 Les problèmes liés à la technique

Bien qu'adaptés, pour certaines fins, aux contrats cyberspatiaux, ces facteurs de rattachement ne vont pas sans poser de difficultés, une fois de plus liées à la technique numérique. On peut d'abord évoquer l'ignorance dans laquelle se trouve le cybernaute quant à la localisation de l'établissement ou de la résidence de son interlocuteur. L'acheteur peut ne pas savoir du tout ni avoir les moyens de savoir de quel pays relève le vendeur, où est situé son établissement. Quant à celui-là, sa situation est la même. Si le contrat porte sur un bien tangible, même si la livraison ne s'effectue pas à la résidence ou à l'établissement, elle peut cependant éventuellement fournir quelques indices alors que si le contrat porte sur un produit immatériel, le problème reste entier.

Cette difficulté de détermination du lieu d'établissement ou de résidence participe, à n'en pas douter, à l'insécurité des acteurs. Pour atténuer ce problème, il est nécessaire de recourir à des solutions concrètes. C'est ainsi que la Directive européenne sur le commerce électronique, impose au prestataire une liste minimale d'informations générales à fournir et dont l'« accès [soit] facile, direct et permanent, pour les destinataires du service »[1481]. Parmi elles, « l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi »[1482].

[1480] *Supra* note 685 à la p. 183

[1481] *Supra* note 754 art. 5.

[1482] *Ibid*. art. 5 b).

Le projet de loi française sur la société de l'information[1483] avait repris ces exigences en son article 20, qui obligeait tout professionnel à indiquer l'adresse où il est établi. En ce qui concerne l'obligation d'accès facile à l'information, « [p]ar exemple, une icône ou un logo ayant un lien hypertexte vers une page contenant ces informations et visible sur l'ensemble des pages du site [y] satisfont »[1484].

L'obligation de divulguer son adresse de résidence ou d'établissement fait également partie des lignes directrices de l'OCDE[1485]. Les recommandations canadiennes en la matière sont au même effet :

> 1.2 L'information requise aux termes des présents principes devrait être « divulguée de manière évidente ».
>
> 1.3 Les renseignements suivants devraient être fournis à quiconque accède au site Web du commerçant :
>
> a) l'identité, l'adresse et l'accréditation du commerçant
>
> • le titre légal, le nom commercial, l'adresse et le numéro de téléphone du commerçant (de façon assez précise pour permettre au consommateur de vérifier la légitimité du commerçant)[1486].

Faisant état des craintes liées à l'autorégulation, à propos de l'obligation de divulguer son lieu d'établissement, au cours de l'une des rencontres liées au projet de Convention de La Haye,

> [l]es discussions ont […] mis en évidence l'inconvénient qui découle d'un système qui repose avant tout sur les déclarations des parties

[1483] Projet de loi sur la société de l'information, *supra* note 758.

[1484] *Ibid*. « Exposés des motifs ».

[1485] *Supra* note 1166.

[1486] *Supra* note 1383. Le site doit également fournir « une méthode électronique permettant de vérifier les prétentions du commerçant. » (*Ibid*.)

L'un des principaux problèmes soulevés par les lignes directrices ou recommandation est leur absence d'effet contraignant.

> et les abus potentiels auxquels il peut donner lieu. On peut en effet imaginer que l'une des parties au contrat choisisse de déclarer être située sur le territoire d'un Etat donné uniquement dans le but de donner compétence à ces tribunaux en raison d'éléments complètement étrangers au contrat lui-même tel, par exemple, que les méthodes de fonctionnement de ces tribunaux, les règles de procédure qu'ils appliquent ou encore les règles de preuve ou de conflit de lois dont ces juridictions font usage. […] Il appartient au cocontractant d'être vigilant et, au besoin, de vérifier que les informations données par son cocontractant correspondent à une certaine réalité[1487].

À notre avis, les risques d'abus de la part des vendeurs sont limités puisqu'ils ont tout intérêt à conserver leur clientèle. Dans ce domaine, il faut, là aussi, adopter un état d'esprit « cyberspatial », raisonner en tenant compte des particularités du monde virtuel et ne pas appliquer au commerce cyberspatial les mêmes raisonnements qu'au commerce traditionnel. Quel que soit le monde dans lequel un vendeur fait affaire, une mauvaise réputation peut lui être fatale. Or dans le cyberespace, les nouvelles, autant les bonnes que les mauvaises, circulent partout et avec une rapidité inconcevable en dehors de lui. Les clients n'ayant dans le cyberespace que l'embarras du choix, il suffit d'une faille chez leur interlocuteur commerçant, pour qu'ils lui tournent le dos.

Des deux parties, c'est peut-être le vendeur qui est le plus menacé. Catherine Kessedjian, traitant de la déclaration faite par l'acheteur selon laquelle il est bien domicilié dans tel ou tel pays[1488], explique : « La personne peut cliquer sur la réponse positive alors même qu'elle serait en réalité domiciliée dans tout autre pays. […] Seule la bonne foi de l'utilisateur est garante de la véracité de sa réponse »[1489]. Cela lui fait dire : « C'est pourquoi, on nous permettra de douter de l'efficacité de

---

[1487] Conférence de La Haye de droit international privé, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », Document préliminaire no 12 août 2000 (Rapport des travaux rédigé par Catherine Kessedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgmdp12.doc> (consulté le 29 juin 2002).

[1488] Voir ci-dessus à la p. 422 l'exemple du site de Future Shop Canada.

[1489] *Supra* note 1100 à la p. 148.

cette auto-régulation dont on nous vante tant les mérites »[1490]. Face à un acheteur individuel, ou à « négociant occasionnel » comme nous l'appelons, il est vrai que « [l]e fournisseur n'a aucun moyen de contrôle »[1491]. Cependant, il y a tout lieu de croire qu'avec l'aide de la technique, le fournisseur qui s'est ainsi fait abuser une fois par un client pourra éviter de répéter l'expérience[1492]. De plus, le principe du cocontractant de bonne foi pourrait-il être adapté *mutatis mutandis* à ce genre de problème.

D'autre part, nous avons mentionné que la notion d' « établissement effectif », pour reprendre l'expression utilisée dans les recommandations de l'OCDE et à laquelle fait référence la Directive européenne sur le commerce électronique[1493] posait des problèmes particuliers et nouveaux dans le cas des entreprises virtuelles[1494]. De plus, « [d]es difficultés ne manqueront pas de surgir lorsque le prestataire aura plusieurs lieux d 'établissements »[1495].

4.3 La détermination de la résidence de rattachement

Transposer la pensée d'Adolf Schnitzer dans le cadre de la vente cyberspatiale revient à appliquer au contrat la loi du lieu d'établissement du prestataire, comme l'exprime l'article 3.1 de la Directive sur le commerce électronique[1496]. C'est que l'on nomme le principe de la « loi d'origine »[1497] par

---

[1490] *Ibid*.

[1491] *Ibid*.

[1492] On peut imaginer que l'informatique permet de conserver et de *repérer* les clients qui feraient l'objet d'une liste noire.

[1493] *Supra* note 754 art. 2 c) : « "prestataire établi": prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ».

[1494] Voir ci-dessus à la p. 363.

[1495] É. Caprioli, « Aspects internationaux du commerce électronique », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Caprioli.pdf> (consulté le 29 juin 2002).

[1496] *Supra* note 754. Ce principe reprend celui énoncé à l'article 4.2 de la Convention de Rome.

[1497] L'expression serait due à Marc Fallon. (Voir O. Cachard, *supra* note 685 à la p. 127.)

opposition à la « loi de destination » qui désigne celle de l'acheteur. Celle-ci s'appliquera aux contrats de consommation, en vertu de l'exception prévue par l'article 3.3.

Les vendeurs s'insurgent contre la règle applicable en matière de contrat de consommation. En raison du nombre d'ordres juridiques touchés par les activités cyberspatiales, « il semble que beaucoup d'entreprises ne soient aujourd'hui tout simplement pas prêtes à supporter les coûts nécessaires pour connaître et respecter les myriades de règles en vigueur dans chaque pays »[1498]. Les petites et moyennes entreprises, principalement, risquent de faire face à des difficultés sérieuses : « Il est clair que le coût et la difficulté d'un tel respect de toutes les règles de droit pourraient compromettre la participation de ces acteurs à l'économie numérique »[1499]. En fin de compte, prétendent les vendeurs, ce sont les consommateurs qui en souffriront : « L'application de ce principe limitera gravement l'élargissement du choix du consommateur et l'offre de prix plus avantageux »[1500]. La communauté économique internationale préconise donc l'application générale du principe de la loi d'origine.

En ce qui concerne l'autorité compétente, les textes provoquent également des réticences. Alors qu'aux termes du Règlement européen, le for de principe est celui du domicile du défendeur[1501], il peut être écarté lorsque le consommateur est demandeur au profit du tribunal du domicile de celui-ci[1502]. L'application du principe du pays de destination soumet « ainsi les entreprises

---

Le principe d'origine est clairement exprimé dans les considérants de la Directive européenne sur le commerce électronique : « […] afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi ». (*Supra* note 754 considérant 22).

[1498] CCI, *supra* note 1392.

[1499] *Ibid*.

[1500] *Ibid*.

[1501] Art. 2.

à la juridiction des tribunaux de tous les pays à partir desquels on peut accéder à leur site web »[1503] et créent le même genre de difficultés qu'en matière normative. Pour les éviter, les commerçants proposent un processus en plusieurs étapes, au terme duquel s'inscrit le recours aux tribunaux étatiques[1504].

Les consommateurs tiennent évidemment un discours contraire, prônant fermement le principe de « destination », tant en matière juridictionnelle que normative. Leur préoccupation principale est, on le comprend, d'ordre financier : « un français va-t-il sérieusement assigner Amazon aux USA, en appliquant la loi américaine, si le livre qu'il a commandé n'a pas été livré ou si sa carte de crédit a été débitée d'un montant inexact ? Sachant qu'il lui en coûtera environ 1.000 fois le prix du livre, on peut douter qu'il se lance dans l'aventure »[1505]. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, les consommateurs estiment également être toujours plus en sécurité dans leur cadre national, d'une part parce qu'ils ont plus confiance en leurs institutions judiciaires et d'autre part parce qu'ils ont la sensation d'être mieux protégés par leur législation nationale.

Présenter les oppositions entre les intérêts des commerçants et ceux des consommateurs et surtout chercher à les trancher est extrêmement délicat. Les choix et les décisions en la matière sont plutôt de nature politique et c'est pourquoi nous nous abstiendrons de prendre position. Nous le ferons d'autant plus que nous refusons de voir les problèmes cyberspatiaux en ces

---

[1502] Art. 16 § 1. Une règle du même type est prévue à l'art. 7 du projet de Convention de La Haye.

[1503] CCI, *supra* note 1392.

[1504] Voir ci-dessus à la p. 443. Il a lieu de croire que les deux premières étapes du mécanisme seront efficaces pour régler les litiges car la CCI ne se prononce pas finalement sur la question principale : quel tribunal? (voir CCI, *supra* note 1392.)

[1505] P. Moens, « Loi applicable et juge compétent : la CCI ne veut pas d'exception pour le consommateur », 1 Août 2001, en ligne : <http://www.droit-technologie.org>, consulté le 26 mai 2002.

termes puisque suivant la proposition que nous avons faite, il faut délaisser la notion de consommateur.

Il vaut donc mieux se demander si c'est la résidence du vendeur ou celle de l'acheteur[1506] qui doit primer en matière juridictionnelle et normative. Le principe général, en matière normative, de l'application de la loi de l'établissement du vendeur, est tout à fait acceptable dans le cyberespace. Si, comme nous l'avons suggéré, les législateurs nationaux et internationaux prennent les mesures nécessaires afin de protéger la partie faible, l'adhérent, il n'y a aucune raison de présumer que sa protection sera moins assurée par l'application de la loi du vendeur que par celle de la sienne. Y a-t-il lieu de prévoir des exceptions à ce principe, qui répondraient à la même logique que celles prévues dans le cadre de la vente traditionnelle et qui traduisent un lien étroit entre la vente et la résidence de l'acheteur[1507]? Les exceptions reposant sur la localisation de la conclusion du contrat cyberspatial et de la délivrance, dans la mesure où il s'agit de biens numérisés, sont inapplicables en raison des difficultés que nous avons exposées précédemment[1508]. En revanche, lorsque le bien est tangible, l'exception « classique » pourrait trouver application. De même, il ne semble pas impossible, dans le cyberespace, que « le contrat [soit] conclu sous les conditions fixées principalement par l'acheteur, en réponse à un appel d'offre »[1509], auquel cas il pourrait être régi par la loi de celui-ci.

[1506] Cela correspond bien aux expressions « principe de destination » et « principe d'origine » qui ne comportent en eux-mêmes aucune indication sur la qualité des parties.

[1507] Voir art. 3114 § 1, 2 et 3 C.c.Q., art. 8 de la Convention de La Haye de 1986 et art. 3 de la Convention de La Haye de 1955.

[1508] Pour la localisation de la conclusion du contrat, voir ci-dessus à la p. 463; en ce qui concerne le lieu d'exécution, voir ci-dessus à la p. 466.

[1509] Art. 3114 § 3 C.c.Q.

Quant à la question juridictionnelle, pour des raisons matérielles évidentes, nous ne pouvons qu'adhérer aux recommandations de la CCI[1510] et à son optimisme, visant à faire du recours aux tribunaux étatiques la toute dernière étape, peut-être exceptionnelle. Dans ce cas, nous ne trouvons pas d'argument qui milite plus en faveur d'un for que d'un autre. Il nous semble difficile de raisonner dans les mêmes termes que ceux utilisés en matière de rattachement normatif, vendeur et acheteur, car l'un et l'autre ont autant de risques d'être demandeur ou défendeur. La remarque vaut également pour le couple adhérent-stipulant. Si l'on veut réellement « favoriser », tout au moins la protéger, la partie faible de la vente cyberspatiale, il vaudrait mieux prévoir une règle comparable à l'article 16 § 1 du Règlement européen et laisser à l'adhérent le choix du for lorsqu'il est demandeur. Dans les autres cas, le principe général du for du défendeur doit subsister.

5. Synthèse

La plupart des facteurs de rattachement résiduels qui sont liés à l'opération contractuelle elle-même sont, à notre avis, tout à fait impropres à être utilisés dans le cadre des relations cyberspatiales comme celles qui nous occupent. L'immatérialité du nouvel environnement ainsi que sa globalité rendent impossible une concordance sinon parfaite du moins satisfaisante entre ce qui s'y déroule et une localisation terrestre fondée sur des découpages géographiques.

Nous pourrions classer les facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs proposés par le droit international privé en deux catégories. Les uns sont recherchés dans l'immatérialité de la situation examinée, les autres tiennent compte de leur

---

[1510] Toujours, bien sûr, en les sortant du cadre des contrats de consommation.

aspect concret. D'une utilité et d'une efficacité douteuses dans le cadre de relations traditionnelles, force est de constater, que dans l'environnement virtuel, monde immatériel par excellence, où les activités sont « spatialement incoercibles »[1511], les premiers n'en ont aucune. Il en va ainsi du lieu de conclusion du contrat, dont Adolf Schnitzer disait déjà : « Le contrat n'est pas un élément du monde physique mais une relation immatérielle qui n'a pas de situation géographique »[1512]. La même conclusion s'applique au lieu d'exécution portant sur un bien dématérialisé, virtuel ou à la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits, qui repose principalement sur des considérations intellectuelles. Tout ce qui cherche à faire correspondre *directement* un événement cyberspatial à une localisation terrestre est, selon nous, voué à l'échec.

À l'opposé, rattacher un contrat cyberspatial au lieu de son exécution lorsque celle-ci porte uniquement sur un bien tangible, même si ce n'est pas toujours une règle satisfaisante[1513], ne constitue pas une incompatibilité théorique. Cependant, ce facteur de rattachement ne répond que partiellement aux besoins du commerce électronique. De même, dans la mesure où jusqu'à présent, les parties au contrat sont des personnes physiques ou morales réellement ancrées sur terre, il serait illusoire et déplacé d'oublier que les cybernautes sont des terriens. Comme l'écrit Catherine Kessedjian, « [i]l s'ensuit que les litiges pouvant naître des opérations effectuées par le truchement de la toile affectent des personnes physiques ou morales effectivement localisées »[1514]. Il est alors possible de faire un lien entre leur situation terrestre, qui s'exprime par le biais du lieu de résidence, d'établissement ou de domicile et leurs activités cyberspatiales.

Pour les opérations cyberspatiales, cette localisation, reposant essentiellement sur la bonne foi des parties, constitue finalement le meilleur lien par

---

[1511] J.J. Lavenue, *supra* note 10 à la p. 832.

[1512] A. F. Schnitzer, « La loi applicable aux contrats », *supra* note 416 à la p. 475.

[1513] Voir ci-dessus à la p. 466 et s. Pour les difficultés liées aux exécutions mixtes dans le cadre de relations cyberspatiales, voir ci-dessus à la p. 245 et s.

défaut[1515]. Le principe de l'application de la loi du lieu d'établissement du vendeur convient, nous semble-t-il, dans le cadre des contrats de vente cyberspatiaux. Quant au tribunal compétent, il pourrait être laissé au choix de l'adhérent lorsqu'il est demandeur, le principe général du for du défendeur étant réservé aux autres situations.

Conclusion du chapitre II

Une constatation s'impose rapidement : principalement en raison de la dématérialisation des supports et de l'ubiquité des données, aucune correspondance n'est possible entre les contrats cyberspatiaux eux-mêmes et le monde géographique. Ce qui est immatériel n'est pas apte à être traduit directement en termes de découpage géographique. Ainsi, la conclusion d'un contrat peut être maintenant totalement immatérielle. Souvenons-nous qu'Adolf Schnitzer estimait qu'elle consistait en un pur acte intellectuel. Si, à son époque, elle pouvait cependant se concrétiser sur un support palpable, ce n'est plus le cas dans le cyberespace. Il est, par conséquent, impossible de déterminer que le contrat a été conclu en France, ni à la résidence de l'une des parties. De même, lorsque le contrat a pour objet l'achat d'un bien numérique et que sa livraison se fait en ligne, l'impossibilité est identique. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre les différentes étapes de la conclusion d'un contrat et l'exécution d'une obligation en ligne car les unes et les autres sont techniquement de la même nature : il s'agit de transmissions de données sous forme de langage binaire.

[1514] *Supra* note 942 à la p. 82.

[1515] « En effet, il est impossible de localiser physiquement le cocontractant qui peut opérer de n'importe quel lieu à condition d'avoir accès à une connexion internet. Compte tenu de ce qui précède, la localisation physique, autre que le lieu de résidence habituelle que le consommateur a déclaré, n'est plus opérationnelle pour les besoins du commerce électronique ». (Conférence de La Haye de droit international privé, *supra* note 1356).

Il est plus facile de localiser en termes terrestres certains éléments parce qu'ils ont un lien évident avec le monde analogique. Il en va ainsi de l'exécution des obligations sous forme tangible. Cependant, nous avons vu qu'un rattachement de principe des contrats cyberspatiaux à la loi du lieu de l'exécution des obligations n'est pas entièrement satisfaisant car cela risque d'entraîner des règles, donc des résultats, différents pour des opérations juridiques identiques.

Au terme de cette étude qui démontre que les facteurs de rattachement résiduels s'accommodent mal de l'environnement numérique, il semble que celui qui y résiste le mieux est le lieu d'établissement, employé ici au sens large, des parties. Même dans les situations où cela donne cette illusion, les ordinateurs ne communiquent pas réellement entre eux, puisque ce sont toujours des êtres humains qui les utilisent ou les programment. L'individu virtuel, comme en rêve Étienne Dubuisson[1516], relève encore de l'anticipation. Derrière toutes les opérations cyberspatiales se trouvent des personnes, physiques ou morales qui sont situées quelque part sur terre.

Par conséquent, en cas de silence des parties, les facteurs de rattachement traditionnels sont, pour la plupart, inefficaces. Les seuls qui permettent de faire un lien avec les territoires et ne forcent pas à un recours démesuré à des fictions sont ceux qui sont liés aux parties qui prennent part aux opérations contractuelles. Le lieu de résidence ou d'établissement est celui qui s'impose avec le plus de logique et d'efficacité.

[1516] Voir ci-dessus à la p. 255.

Conclusion de la partie 3

Le contrat de vente cyberspatial n'est pas à proprement parler un contrat international ou transnational. En considérant le cyberespace comme un espace en soi, on ne peut pas donner une teinte nationale ou transnationale aux contrats qui se forment en son sein puisque cette entité ne comporte à l'intérieur d'elle-même aucun découpage en zones souveraines, aucune frontière. En raisonnant en termes terrestres, on ne peut pas non plus dire que le contrat cyberspatial est *a priori* transnational puisqu'il a autant de chances d'unir des personnes situées dans un même territoire que des contractants éloignés et relevant d'ordres juridiques différents. Pour prendre un angle d'observation proposé par Pierre Mayer et Vincent Heuzé, nous suggérons que ce contrat puisse être considéré comme « étranger »[1517] dans la mesure où il se situe dans une sphère hors du monde terrestre, dont il est séparé par une sorte de frontière[1518].

Cette qualification n'évite pas de se pencher sur les règles de rattachement. En effet, même face à contrat « terrestre » qui ne présente aucun élément d'extranéité, nous pensons que tout juriste procède à un exercice de rattachement, inconscient et rapide, qui le mène à conclure à l'élimination d'ordres juridiques étrangers.

Dans cette dernière partie, il s'agissait donc d'évaluer comment les règles de rattachement connues dans le monde analogique se satisfaisaient des particularités du cyberespace. Comme nous les avions exposées, dans la première partie, principalement en fonction du rôle attribué aux parties dans le rattachement, nous avons repris le même plan.

[1517] Voir *supra* note 36 à la p. 4.

[1518] Voir ci-dessus à la p. 257.

En ce qui a trait au principe fondamental de la liberté contractuelle, deux points ressortent particulièrement de cette étude. Le premier concerne l'exercice même de la liberté contractuelle qui se présente dans le cyberespace sous un jour particulier en raison de la prédominance des contrats d'adhésion. Ce mode de formation des contrats est inhérente au Web et d'autre part, il tend de toute façon à se généraliser en raison de la rapidité de conclusion qu'il procure. Il affecte donc aussi les contrats qui techniquement laisseraient la place à la discussion, à la négociation, comme ceux conclus par courrier électronique. Dans l'un et l'autre cas, les stipulations portant sur le rattachement juridictionnel sur la loi applicable, lorsque le contrat en comporte, font habituellement partie des « conditions générales ». La technique de présentation matérielle, de visualisation de ces clause, ainsi que la taille des écrans d'ordinateur, peuvent faire craindre que ces clauses ne fassent pas partie du contrat. Il ne semble pas y avoir de risque de ce côté mais les commerçants et les concepteurs de site Web doivent faire un effort particulier de présentation de façon à s'assurer que l'adhérent a réellement consenti à tous les termes du contrat.

La technique numérique augmente un phénomène déjà connu par les professionnels, la *battle of forms*. En raison de la rapidité des échanges, il n'est certainement pas rare qu'entre professionnels les conditions générales, reflétant justement l'expression de leur liberté contractuelle, jointes aux offre, contre-offre ou acceptation puissent donner lieu à de telles « batailles » . Nous avons vu que la solution la plus adaptée consiste à appliquer la théorie du *knock-out*, c'est-à-dire à anéantir les clauses contradictoires pour ne laisser subsister que celles qui peuvent s'accorder.

Le second point qui mérite une attention particulière concerne la distinction que le droit international privé oblige à faire en ce qui concerne l'étendue de la liberté contractuelle. On sait que, traditionnellement, ne voulant pas, par ses règles de rattachement, priver une partie faible qui jouit dans son pays de dispositions protectrices, notre matière limite la liberté contractuelle du contractant le plus fort. À cette fin, il distingue les consommateurs des commerçants. Or nous avons établi que

cette distinction n’est pas adaptée au commerce virtuel. La notion de consommateur dans le monde analogique fait l’objet d’imprécisions, de divergences entre les divers ordres juridiques étudiés tout en créant parfois des injustices car elle exclut souvent de son champ des personnes qui ont besoin de protection. En outre, dans le cadre de relations internationales, la protection de cette partie est très nettement mise à mal :

> L’étude du droit de la consommation transfrontière s’avère complexe, peu protecteur du consommateur […]. La défense de l’intérêt individuel du consommateur impliqué dans une relation transfrontière suppose la mise en œuvre de conventions ou de textes nationaux difficiles à comprendre et inadaptés à une simple relation de consommation[1519].

Nous avons cherché à voir si, dans le cyberespace, celui que certains appellent le « cyberconsommateur » avait sa place, existait. Même si d’autres composantes contribuent à l’identité du consommateur, son existence et, par delà, son besoin de protection, proviennent essentiellement du fait qu’il est faible face à un puissant. Or le cyberespace anéantit considérablement ce rapport de force et par certains côtés, l’inverse. Les faibles et les forts n’y sont pas toujours ceux auxquels on pense traditionnellement. Dans le cadre de relations cyberspatiales, maintenir une telle distinction entre les contractants non seulement est fallacieuse mais elle ne permet même pas de faire bénéficier de la protection promise ceux qu’elle concerne au premier chef. À notre avis, il y a dans le cyberespace une confusion des genres rendant impossible une distinction nette entre consommateur et commerçant.

L’étude des contrats cyberspatiaux, en particulier des contrats de vente, fait en revanche ressortir une réalité que nous avons évoquée au début de cette conclusion, celle des contrats d’adhésion. Là, à notre avis, est la réelle distinction entre les contractants et là aussi, le droit peut, doit, intervenir pour protéger la partie faible, l’adhérent. Cette notion a l’avantage, quant à sa définition, de ne pas trop prêter à discorde, certainement moins que celle du consommateur et elle présente

---

[1519] H. Bureau, supra note 307 à la p. 391.

l'intérêt de faire bénéficier de règles protectrices tous ceux, quelle que soit la qualité que le monde traditionnel leur accorde, qui se font imposer, en raison de la position privilégiée du stipulant, des clauses qui les désavantagent. Cette constatation devrait réorienter les réflexions qui, attachées aux caractéristiques, aux concepts, aux acquis du monde réel, cherchent à les transposer au monde virtuel, sans effort d'adaptation ou même de conversion[1520], ce qui ne peut donner que des résultats insatisfaisants.

Il s'agissait ensuit de vérifier l'efficacité des facteurs de rattachement subsidiaires ou objectifs, utilisés lorsque les parties sont restées silencieuses. Pour ce faire, il fallait en premier déterminer l'utilité d'une localisation cyberspatiale puisque le lieu joue un rôle majeur en droit international privé. C'est, dans un premier temps, l'élément qui déclenche ou non la mise en œuvre du droit international privé.

À notre avis, la localisation cyberspatiale peut être considérée comme un élément d'extranéité dans la mesure où elle indique à l'observateur que des événements se situent en dehors du découpage géographique du monde terrestre. Permet-elle pour autant de désigner un ordre juridique ? Pour le moment du moins, il nous semble que la réponse doit être négative. En dehors des querelles possibles sur la juridicité d'un ordre non étatique, à l'image de celles qui entourent la *lex mercatoria*, il faut admettre que le cyberespace et ses normes, ses règles sont encore un peu jeunes pour prétendre être l'objet d'un tel débat.

Pierre Mayer et Vincent Heuzé enseignent que lorsque l'élément d'extranéité ne peut rattacher une situation donnée à un ordre juridique, il faut rechercher un rattachement par défaut. C'est ce que nous avons fait en examinant les facteurs de rattachement utilisés dans les relations transnationales classiques. Ceux qui, de près ou de loin, touchent à l'immatérialité de la relation contractuelle sont à éliminer. Sur cette base, établir des liens avec les territoires est trop artificiel pour être efficace.

[1520] Des juristes, pour la plupart européens, proclament fréquemment que le droit traditionnel n'est pas mort avec le cyberespace, que le droit est assez souple pour s'adapter à des changements de société ou de technique, qu'il n'y a rien de réellement nouveau dans le cyberespace qui nécessite une révolution juridique. Nous en convenons pour l'essentiel, mais recommandons que les mentalités fassent preuve d'autant de souplesse que le droit.

Vouloir les maintenir et les utiliser, ce que peu prônent d'ailleurs, consisterait à construire un édifice sur des fictions.

Les facteurs de rattachement les plus appropriés pour faire office de lien « par défaut » sont ceux qui concernent les parties impliquées. Celles-ci n'ont généralement rien d'immatériel ou du moins, ont habituellement des attributs matériels, concrets et terrestres fort utiles : il s'agit de leur lieu d'établissement, de résidence ou de domicile. Puisque ce sont les seuls facteurs efficaces désigner un tribunal compétent ou une loi applicable, nous avons vérifié comment ils sont actuellement utilisés. À cette occasion, nous avons indiqué que leur mise en œuvre déclenche le « principe d'origine » ou le « principe de destination », que les acteurs cyberspatiaux ayant des intérêts opposés recommandent ou décrient. Comme, dans le cadre de ce débat, les acteurs sont présentés comme des commerçants ou des consommateurs, étant donné notre position sur ce clivage, nous nous sommes abstenue de nous prononcer. Nous avons préféré raisonner en termes de vendeur et d'acheteur, de demandeur et de défendeur ainsi que d'adhérent et de stipulant, autant de situations qui correspondent mieux à la vente cyberspatiale. Nous avons alors suggéré que le tribunal compétent, désigné par un facteur subsidiaire, pourrait être laissé au choix de l'adhérent lorsqu'il est demandeur. Il pourrait ainsi saisir soit le tribunal du lieu de sa résidence, soit celui du lieu d'établissement du stipulant, laissant au principe habituel du for du défendeur le soin de s'appliquer dans les autres cas. Pour ce qui est de la loi applicable au litige, là encore, il n'y a pas lieu de s'écarter du principe connu. La loi du lieu de l'établissement du vendeur aurait vocation à s'appliquer à toutes les ventes cyberspatiales.

Conclusion générale

Au terme de cette étude visant à confronter le droit international privé à la nouvelle façon de commercer, par des voies qu'il ignorait jusqu'à peu, nous en venons à la conclusion que le droit international privé se sort honorablement de l'épreuve à laquelle nous l'avons soumis. À la question de Béatrice Fauvarque-Cosson, « [f]aut-il sonner le glas du droit international privé ? »[1521], nous répondons « non » sans hésiter.

Cette réponse ne doit pas laisser sous-entendre qu'il s'en sort totalement indemne ou sans quelques ecchymoses mais plus généralement qu'il est encore apte à régir les relations qui nous intéressent, sous réserve de certaines altérations.

Le droit international privé est une discipline complexe parce qu'il n'existe pas un ordre juridique mondial pas plus qu'il n'existe un droit international privé universel mais autant que d'entités territoriales souveraines, chacune élaborant ses propres règles en la matière et ce, en raison du « morcellement juridico-politique »[1522] du monde. Étant donné le cadre de cette étude, qui, pour employer un terme propre à la matière, se rattache à deux continents, nous avons estimé important d'emprunter « les chemins sinueux que [le droit international privé nous] inflige »[1523] tant en droit québécois qu'en droit français et européen, tout en tenant compte des instruments internationaux.

Étudier le droit international privé, c'est se pencher sur le rattachement, « noyau universel »[1524] de la discipline, ce que nous avons fait en fonction du rôle attribué aux parties, tant en matière juridictionnelle que normative. En ce qui

---

[1521] *Supra* note 1111.

[1522] P. Lalive, *supra* note 7 à la p. 14.

[1523] B. Fauvarque-Cosson, *supra* note 16.

[1524] B. Audit, supra note 30 à la p. 8.

concerne la latitude laissée aux contractants, nous avons pu constater que les grandes lignes sont identiques, d'un ordre juridique à un autre, qu'il s'agisse de l'admission générale du principe ou du fait que ce dernier souffre des exceptions. C'est à propos de celles-ci que la mise en parallèle de plusieurs ordres juridiques révèle tout son intérêt puisque nous avons pu constater que des divergences notables les séparent – et issues parfois d'ordres pourtant très proches, comme le droit québécois et le droit français –. Leur dénominateur commun est que la liberté contractuelle a un effet limité dans le cadre de la vente à la consommation. Au-delà de cela, il est difficile de faire ressortir des paramètres clairs et prévisibles. Si, à l'intérieur de chaque ordre, il subsiste plusieurs zones floues, la confusion ne fait qu'augmenter lorsque l'on jette un regard global sur les divers ordres juridiques éventuellement appelés à intervenir dans le cadre d'une relation contractuelle « transnationale ». Quant aux rattachements subsidiaires ou objectifs, reposant pour la plupart sur une prise en considération spatiale de certains événements, leur étude démontre principalement que leur importance et leur rôle varie, au cours des ans, voire des siècles, en fonction de l'ouverture de l'homme sur le monde et des moyens techniques qu'il utilise.

Avant d'examiner les relations contractuelles cyberspatiales, il était indispensable d'expliquer, dans la mesure de nos moyens, le mode de fonctionnement de la technique numérique et des réseaux puisque ce sont eux qui constituent la nouveauté qui a fait germer l'idée de cette recherche. Ils intéressent d'ailleurs de nombreux juristes : privatistes, publicistes, civilistes, criminalistes, spécialistes en droit des télécommunications, en droit de la propriété intellectuelle pour ne parler que d'eux. Chacun y va de sa théorie, souvent énoncée de façon péremptoire, et plusieurs utilisent des termes différents pour décrire des données identiques ou l'inverse. Nous nous sommes donc efforcée, comme disait Paul Valéry, de « nettoyer la situation verbale ».

Préalablement à l'étude du contrat cyberspatial lui-même, il était important de vérifier dans quel cadre il se situait. En d'autres termes, il fallait se prononcer sur la

nature du monde virtuel. Moyen de communication pour les uns, espace autonome pour les autres, nous estimons qu'il doit recevoir cette dernière qualification. Le cyberespace est bien un espace[1525], permettant rencontres et échanges entre des êtres, qui, eux, n'ont rien de virtuel et qui ont besoin de moyens de transport d'abord pour y pénétrer, ensuite pour y rencontrer les autres cybernautes et éventuellement nouer et réaliser des relations contractuelles avec eux. Il s'agit d'un espace propre dans le mesure où il se situe en dehors, à l'extérieur des territoires géographiques, politiques ou juridiques.

Malgré les particularités que la technique lui imprime, le contrat, en tant qu'institution juridique, ne subit pas de modification dans le cyberespace, une vente restant une vente. Seuls quelques aspects, liés à son fond et encore plus à sa forme[1526], présentent certaines difficultés qui ne nécessitent pas une révolution juridique mais plus simplement, une évolution des habitudes des contractants et dont le droit doit prendre acte ou qu'il doit encourager. Cependant, nous estimons que l'appellation de « contrat cyberspatial » renferme en elle-même plusieurs traits particuliers : il s'agit d'un contrat entre personnes présentes, non de nature internationale ou transnationale mais davantage « transmondiale » et, sauf preuve contraire, il s'agit d'un contrat d'adhésion.

Confronter les observations faites dans la seconde partie à celles issues de la première nous a permis de tirer deux enseignements principaux. Les raisons qui peuvent justifier les limitations de la liberté contractuelle dans le monde traditionnel n'existent pas dans le cyberespace. On ne peut plus parler de « consommateur », avec tout ce que cette notion sous-entend, dans cet espace où les genres se mêlent et où les rapports de force entre les « commerçants » et les « négociants

---

[1525] Après avoir pris en considération les arguments des uns et des autres et avoir eu recours à diverses disciplines, droit international public, philosophie, informatique notamment, pour en arriver à cette conclusion tout en essayant d'en projeter les conséquences, nous sommes bien placée pour réfuter la sentence d'Olivier Cachard : « « le présupposé qui fait du cyberespace un espace autonome […] produit une vision simpliste de la réalité ». (*Supra* note 685 à la p. 37).

[1526] Principalement en regard du droit de la preuve, qui ne s'inscrivait pas en tant que tel dans le cadre de notre étude.

occasionnels » ne sont pas ni forcément ni systématiquement à l'avantage de ceux que l'on croit. Étiqueter ainsi certains cybernautes ne correspond à rien et n'est, à notre avis, que la preuve de la difficulté qu'a l'humain à s'affranchir de ses acquis. Cet atavisme ne peut engendrer que des résultats insatisfaisants. Aveuglés par le besoin de protection d'une partie faible, connue depuis des années sous le nom de consommateur, la plupart de ceux qui réfléchissent à la question négligent, peut-être refusent, de prendre en compte la réalité. Ce faisant, ils transposent dans le cyberespace des idées, des règles, des principes qui ne lui sont pas adaptés. Il ne faut pas se surprendre qu'ils y soient totalement inefficaces[1527]. Une telle attitude ne rend pas service aux contractants faibles du cyberespace car, inévitablement, il s'en trouve. Il s'agit des adhérents, dont font d'ailleurs partie les consommateurs terrestres mais non uniquement eux, étant donné la généralisation, liée à la technique, des contrats d'adhésion. Nous pensons que c'est envers eux que les législateurs, nationaux et internationaux, devraient tourner leur regard.

Dans le mécanisme du droit international privé, la localisation cyberspatiale constitue, d'après nous, un élément d'extranéité puisque ce qui se passe en cet espace est « étranger » au monde terrestre. Cependant, en raison de l'absence, du moins actuellement, d'un ordre juridique cyberspatial, elle ne peut constituer un facteur de rattachement. Nous avons donc évalué la capacité de ceux que nous connaissons à remplir adéquatement leur fonction à sa place, face à des contrats cyberspatiaux. La plupart d'entre eux doivent être abandonnés, et d'ailleurs, ils le sont déjà en partie, car ils ne répondent plus efficacement à la réalité du monde dématérialisé. Ceci s'inscrit dans la tendance, constatée dans la première partie, selon laquelle les facteurs de rattachement se doivent d'évoluer en phase avec les moyens techniques. De ceux utilisés traditionnellement, les plus appropriés sont ceux qui reposent sur les éléments matériels propres aux contractants. Ce qui fait réellement, uniquement nous sommes tentée de dire, le lien entre le monde virtuel et

---

[1527] Parmi les trois séries de « questions sur lesquelles le juriste devra faire preuve d'imagination pour résister aux tentatives conservatrices », Ana Palacio mentionne la protection du consommateur. (*Supra* note 1144).

la terre, et dont la matérialité ne fait aucun doute, ce sont les acteurs, les parties[1528] au contrat cyberspatial. Le rattacher à leur lieu d'établissement, de domicile ou de résidence est donc, actuellement, la solution la plus logique. Cela ne signifie pas qu'elle soit la solution idéale ni une panacée ; c'est pourquoi nous ne pouvons que partager l'avis de ceux qui préconisent l'exercice de la liberté contractuelle et admettre, avec Michel Vivant, que « l'idée qu'indiquer quelle loi ou quels juges seront compétents [n'est pas] de l'ordre des coquetteries juridiques […] »[1529].

Tel est, à notre point de vue, le résultat de la confrontation du droit international privé aux contrats de vente cyberspatiaux. Faut-il ajouter « en ce début de XXIe siècle »? C'est possible, d'autant que la technique évolue très rapidement. Nous ne pouvons donc taire l'hypothèse, peut-être prophétique, émise par Henri Batiffol il y a presque cinquante ans: « Si l'avenir devait voir le développement de contrats vraiment insusceptibles d'être rattachés à aucune loi existante, leur régime provoquerait la formation d'un nouveau système qui serait caractérisé par des institutions, d'abord sans doute judiciaires, et dont il faudra organiser la coordination avec les autres[1530] ».

[1528] Ces « utilisateurs sont des êtres faits de chair et d'os », rappelle Catherine Kessedjian. (*Supra* note 1100 à la p. 144).

[1529] *Supra* note 784 à la p. 102

[1530] H. Batiffol, *La philosophie du droit*, 10e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1997 à la p. 102.

Bibliographie

Les documents dont la référence est précédée d'un astérisque sont cités dans la thèse.

Ouvrages généraux et traités

*Ancel, B. et Lequette, Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2001.

*Audit, B., *Droit international privé*, Paris, Économica, 1991.

*Audit, B., *Droit international privé*, 2e éd., Paris, Économica, 1997.

*Audit, B., *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Économica, 2000.

Batiffol, H., *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1955.

Batiffol, H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J, 1979.

Batiffol, H., et Lagarde, P., *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1983.

*Baudouin, J.-L., *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1983.

*Baudouin, J.-L., et Jobin, P.-G., *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Yvons Blais, 1998.

*Bucher, A. et Bonomi, A., *Droit international privé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001.

*Calais-Auloy, J., et Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1996.

*Calais-Auloy, J., et Steinmetz, F., *Droit de la consommation*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2000.

*Carbonnier, J., *Droit civil - Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

*Carbonnier, J., *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 21ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

*Castel, J.-G., *Droit international privé québécois*, Toronto, Butterworths, 1980.

Castel, J.-G., *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, Butterworths, 1997.

Castel, J.-G., *Introduction to conflict of laws*, Toronto, Butterworths, 1998.

*Combacau, J. et Sur, S., *Droit international public*, 4ème éd., Paris, Montchrestien, 1999.

David, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950.

*David, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Économica, 1981.

*de Boisséson, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN, 1990.

*de Juglart, M., et Ippolito, B., *Droit commercial*, 3ème éd., par de Pontavice E. et Dupichot, J., Paris, Montchrestien, 1979.

*Demolombe, Ch., *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Durand, 1865-84.

*de Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge : principe, doctrine, jurisprudence*, Bruxelles, Bruylant, 1964.

*de Savigny, M.F.C., *Traité de droit romain*, t. VIII, 2ème éd., trad. par Guenoux, Ch., Paris, Librairie Firmin Didot, 1860.

*Emanuelli, C., *Droit international privé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

*Fœlix, J.-J., *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843.

*Fouchard, Ph., *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1964.

*Fouchard, Ph., Gaillard E. et Goldman, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

*Groffier, É. et Goldstein G., *Droit international privé*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

*Ghestin, J., *Traité de droit civil, les obligations, le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988.

Hanotiau, B., *Le droit international privé américain*, Paris, L.G.D.J., 1979.

Heuzé, V., *La Vente internationale de marchandises*, Paris, GLN, 1992.

*Josserand, L., *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Sirey, 1933.

Kahn, Ph., *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

Knoepfler, F. et Schweizer, P., *Précis de droit international privé suisse*, Berne, Stæmpfli & Cie, 1990.

*L'Heureux, N., *Droit de la consommation*, 5ème éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000.

*Loussouarn, Y. et Bourel, P., *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001.

*Mayer, P., *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977.

*Mayer, P., *Droit international privé*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1998.

*Mayer, P. et Heuzé, V., *Droit international privé*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 2001.

*Mazeaud, H. et L, et Tunc, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ème éd. Paris, Montchrestien, 1965.

*Mazeaud, H. et al., *Obligations, Théorie générale*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1991.

*Mignault, P.-B., *Droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théoret, 1901.

*Mousseron, J.-M. et al., *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2000.

*Niboyet, J.-P., *Traité de droit international privé français, Le conflit des autorités, le conflit des juridictions*, t. VI, Paris, Sirey, 1949.

*Pineau, J., et Burman, D., *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1988.

*Planiol, M. et Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, t. VI, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1952.

*Rigaux, F. et Fallon, M., *Droit international privé – Droit positif belge*, Bruxelles, Maison Larcier, 1993.

*Romano, S., *L'ordre juridique*, trad. par François, L. et Gothot, P., Paris, Dalloz, 1975.

*Tancelin, M., *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.

Terré, F., Simler, Ph. et Lequette, Y., *Droit civil : les obligations*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1999.

*Vischer, F., *Traité de droit privé suisse -- Droit international privé*, Fribourg, Éditions universitaires, 1974.

Monographies, ouvrages spéciaux, thèses et mémoires

*Antoine, M., Éloi, M. et Brankeland, J.-F., *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Namur, Story-Scientia, 1991.

Arnaud, A.-J., dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

Audit, B. , *La vente internationale de marchandises - Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990.

*Batiffol, H., *La philosophie du droit*, 10e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1997

Batiffol, H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

Batiffol, H., *Les contrats en droit international privé comparé, Montréal, Institut de droit comparé*, McGill University, 1981.

*Bensoussan, A., dir., *Internet, aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1996.

Bensoussan, A., dir., *Le commerce électronique, aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1998.

*Berlioz, G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973.

Bernat, C., *Les autoroutes de l'information*, Paris, L.G.D.J., 1997.

*Bochurberg, L., *Internet et commerce électronique*, Paris, Dalloz, 2001.

*Boele-Woelki, K., et Kessedjian, C., dir., *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique*? La Haye, Kluwer Law International, 1998.

*Breese, P., *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2000.

*Bureau, H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 2000.

*Cachard, O., *La régulation internationale du marché électronique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), novembre 2001

*Carbonnier, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1995.

*Chardin, N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Paris, L.G.D.J., 1988.

**Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits*), Montréal, Dacfo, 1993

*Coipel-Cordonnier, N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J.,1999.

*Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990.

de Lamberterie, I., Rouhette, G. et Tallon, D., *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, Paris, La documentation française, 1997.

*de Ly, F., *International business law and lex mercatoria*, New York, Northolland, 1992.

*Deprez, P. et Fauchoux, V., *Lois, Contrats et Usages du Multimédia*, Paris, Éditions Dixit, 1997.

Deprez, P. et Fauchoux, V., *Les contrats de l'internet et du multimédia*, Paris, Éditions Dixit, 2000.

*Diederiks-Verschoor, I. H. Ph., *An introduction to space law*, 2e éd., The Hague, Kluwer Law International, 1999.

*Draetta, U. et Lake, R., *Contrats internationaux, Pathologie et remèdes*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

*Droz, G.A.L., *Compétence juridiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972.

*Ferrera, G. et al., *Cyberlaw : Text and cases*, Cincinnati, West/Thomson Learning, 2001.

*Ferrier, D., *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996.

*Fontaine, M., *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, 1989.

*Fontaine, M., dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Frémont, J. et Ducasse, J.-P. ,dir., *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Montréal, Les chemins de la Recherche, 1996.

*Gallouédec-Genys, F., dir., *Une société sans papier? Nouvelles technologies et droit de la preuve*, Paris, La documentation française, 1990.

*Gaudemet-Tallon, H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965.

*Gaudemet-Tallon, H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1996.

*Gautrais, V., *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998.

Gautrais, V. et Parisien, S., *Droit du commerce électronique, documents internationaux*, Cowansville, Yvon Blais, 2002.

*Ghestin, J. et Fontaine, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996.

*Graham, J. A., *Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel*, Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), mars 2001.

*Heuzé, V., *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN, 1990.

*Hilaire, J., *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

*Huet, J. et Maisl, H., dir., *Code de la communication*, 2è éd., Paris, Dalloz, 2001.

*Huet, P., dir., *Le droit du multimédia – De la télématique à Internet*, Paris, Les Éditions du Téléphone, 1996.

*Iteanu, O., *Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996.

Jacquet, J.-M., *Le contrat international*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1998.

*Jamin, Ch. et Mazeaud, D., dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998.

*Kahn, Ph., dir., *L'exploitation commerciale de l'espace, droit positif, droit prospectif*, Paris, Litec, 1992.

*Kassis, A., *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J. 1984.

*Kassis, A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993.

*Katsh, E., *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York, Oxford University Press, 1989.

*Katsh, E., *Law in the Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995.

*Le Barreau du Québec et la Chambre des notraires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993.

Le Tourneau, Ph., *Les contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 1997.

*Le Tourneau, Ph., *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Paris, Dalloz, 2000.

*Loquin, É. et Kessedjian, C., dir., *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000.

*Masse, C., *Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999.

*Mousseron, J.-M., *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1998.

*Mussi, S., *Cyberespace et cybermonde : réflexion philosophique sur le rapport au monde et la technique*, Mémoire présenté pour l'obtention du grade de maître es arts (M.A.), Faculté des études supérieures, Université Laval, Septembre 1997.

*Neumayer, K., *Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés*, Genève, Librairie Droz, 1999.

North, P. M. et Fawcette, J. J., *Cheshire and North's Private International Law*, 12e éd., Londres, Butterworths, 1992.

Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993.

*Osman, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.

*Payet, M.-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris, Dalloz, 2001.

Piette-Coudol, T. et Bertrand, A., *Internet et la loi*, Paris, Dalloz, 1997.

*Piradov, A. S., dir., *Le droit international de l'espace*, U.R.S.S., Les éditions du Progrès, 1976.

*Prujiner, A., *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992.

*Robert, J., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, Paris, 6e éd., Dalloz, 1993.

*Redfern, A. et Hunter, M., *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, L.G.D.J., 1994.

*Sédallian, V., *Droit de l'Internet*, Paris, Net Press, 1996.

*Terré, F., dir., *Le consommateur et ses contrats*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 1999.

*Thomasset, C. et Bourcier, D., dir., *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

*Trudel, P., Lefebvre, G. et Parisien, S., *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

*Trudel, P. et al., *Droit du cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997.

*Tuffery, J.-M., *Ébauche d'un droit de la consommation. La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, L.G.D.J., 1998.

*Vivant, M. *et al.*, *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux, internet*, Paris, Lamy.

*Vivant, M., *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999.

Watté, N. et Nuyts, A., *Les arrêts de la Cour de justice sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles*, Diegem, Kluwer Éditions juridiques Belgique, 1998.

Articles et chroniques

*Alland, D., « Les représentations de l'espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit (Le droit international)*, t. 32, Paris, Sirey, 1987, 163.

*Allard, A., « Grandeurs et misères du commerce électronique », à la p. 3, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/Colloque_pdf/23Allard.pdf> (consulté le 14 mai 2002).

Amissah, R., « The Autonomous Contract. Reflecting the borderless electronic-commercial environment in contracting », en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/amissah2.htm> (consulté le 10 janvier 2001).

*Amory, B.et Poullet, Y., « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique » (1985) 2 Rev. int. dr. comp. 331.

Antoine, M. et Gobert, D., « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? » (2000) 68 J.T.D.E. 68, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/articles/La_directive_européenne_sur_la_signature_electronique.pdf> (consulté le 8 janvier 2001).

Audit, B., « The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria », dans Carbonneau, T. E., dir., *Lex Mercatoria and Arbitration*, Juris Publishing, 1998, 173, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html> (consulté le 7 décembre 1999)

Audit, B., « Qualification et droit international privé », (1993) 18 Droits 55.

*Azzabi, S., « Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la peruve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 », Signelec.com, 16 mars 2000, en ligne : <http://www.signelec.com/content/se/articles/sofian_azzabi_nouveau_regime_probatoire_francais.html> (consulté le 17 mars 2002)

*Balsano, A. M., « Un instrument juridique international pour le cyberespace? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique », dans Fuentes-Camacho, T., dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Paris, Économica, 2000, 159.

*Bégin, L., « Les pratiques des cybermarchands québécois face aux attentes des cyberconsommateurs (2001), en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/Mon_Conseiller/Commerce_electronique/HEC_cicma01-09_fr.pdf> (consulté le 6 juin 2002).

*Bellet, P. et Mezgler, E., « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile » (1981) R.C.D.I.P. 611.

*Beraudo, J.-P., « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisons en matière civile et commerciale » (2001) 4 J.D.I. 1033.

*Bienvenu, P., « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux » (1996) 56 R. du B. 39.

Blaise, J.-B., « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne », dans Leben, Ch., Loquin, É. et Salem, M., dir., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Paris, Litec, 2000, 585.

*Böckstiegel, K.-H., « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État » dans C.C.I., *Programme du 60e Anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.*, Paris, ICC Publishing, 1984, 127.

*Bonnan, J.-C., « Le sens qui vient de l'histoire, Écrire le droit pour commander. Technique et signification de l'écriture dans quelques droits orientaux », dans C. Thomasset et D. Bourcier, dir., *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 34.

Bonell, M. J., « Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods » dans *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, 9.

Bonell, M. J., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? », en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell96.html> (consulté le 4 décembre 1997).

Bonell, M. J., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments? », en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/bibli/ulr96.html> (consulté le 9 décembre 1997).

*Boucobza, X., « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », (1998) 3 Rev. arb. 495.

Boy L., « Les "utilités" du contrat » (1997) 109 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002)

Bradgate R., « The EU Directive On Distance Selling », Web Journal of Current Legal Issues, en ligne : <http://www.ucl.ac.uk/~nlawwww/1997/issue4/bradgate4.html> (consulté le 15 novembre 1997).

*Brault, N., « Le droit applicable à Internet: De l'abîme aux sommets », en ligne : <http://www.grolier.fr/cyberlexnet/COM/A970428.htm> (consulté le 15 novembre 1997).

*Brierley, J. E.C., « De la convention d'arbitrage », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notraires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1067.

Brunet, A., et Ohlmann, J.-C., « Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 129.

Bucher, A., « Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers », 2000 II La semaine judiciaire 77.

*Burnstein, M. R., « Conflicts on the Net : Choice of Law in Transnational Cyberspace » (1996) 29 Vanderbilt Jl of Transnational Law 75.

*Buyle, J.-P. et Poelmans, O., « Internet : quelques aspects juridiques » (1996) 2 D.I.T. 10.

Buyle, J.-P. et Poelmans, O., « Internet : quelques aspects juridiques » (suite) (1996) 4 D.I.T. 6.

*Calais-Auloy, M.-T., « L'importance de la volonté en droit » (1999) 243 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002).

*Caprioli, É. et Sorieul, R., « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 2 J.D.I. 323.

Caprioli, É., « Première conférence interministérielle de l'OCDE sur le commerce électronique (Ottawa, 7-9 octobre 1998) » (1998) 3 D.I.T.100.

*Caprioli, É., « Le juge et la preuve électronique », Juriscom.net (10 janvier 2000), en ligne : <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm> (consulté le 1er février 2000)

Caprioli, É., « Aperçus sur le droit du commerc électronique (international) », dans Leben, Ch., Loquin, É. et Salem, M., dir., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de rcherche du CREDIMI*, Paris, Litec, 2000, 247.

Chamoux, J.-P., « Internet : vers une véritable information sans frontière : Nouvelles technologies et lex mercatoria », dans Leben, Ch., Loquin, É. et Salem, M., dir., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de rcherche du CREDIMI*, Paris, Litec, 2000, 281.

*Chazal, J.-P., « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », note sous Paris, 3 juill. 1998, D. 1999, J. à la p. 252.

*Cox, T. « Chaos Versus Uniformity : the Divergent Views of Software in the International Community » (2000) 4 V.J. 3, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cox.html> (consulté le 2 février 2002).

*Cramier, P., « Essai sur la protection du contractant professionnel » (2000) 116, 117, 188 P.A., en ligne : <http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002).

*Cremades, B. M. et Plehn, S. L., « The new lex mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions », (1984) 2 Boston University Int. L. J. 317

*Crépeau, P.-A., « Contrat d'adhésion et contrat type » dans Popovici, A., dir., *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, 67.

de Geouffre de la Pradelle, P., « Notions de territoire et d'espace », R.C.A.D.I., v. 157, 1977, 419.

*de Kreek, J., « Your Space or Mine? » (2000) 2 International Law FORUM du droit international 170.

*Delaume, G.-R., « L'autonomie de la volonté en droit international privé » (1950) 39 Rev. crit. D.I.P. 321.

*Delaume, G.-R., « Comparative analysis as a baisis of law in State contracts : the myth of the lex mercatoria » (1989) Tul. L. Rev. 575.

*Delforge, C., « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives » dans Fontaine, M., dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 139.

*de Matos, A.-M., « Règlement communautaire remplaçant la Convention de Bruxelles – Élargissement du domaine de protection du consommateur en matière de conflit de juridiction » (2000) R.E.D.C. 381.

*Demoulin, M., « La notion de “support durable” dans les contrats à distance : une contrefaçon de l’écrit? » (2000) R.E.D.C. 361.

*Demoulin, M., et Montéro, É., « La conclusion des contrats par voie électronique » dans M. Fontaine, dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 693.

*Denis, D., « Contrats et conventions », Guide juridique Dalloz, Paris, p. 156-1.

*Diedrich, F., « Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation : Software Contracts and the CISG », 8 Pace Int’l L. Rev. 303, en ligne : LEXIS (Law Reviews).

Dietrich, Y. et Menais, A. « Un aperçu de la proposition de Directive 98-586 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique », Juriscom.net (Avril 1999), en ligne : <http://www.juriscom.net/pro/1/ce19990401.htm> (consulté le 1er février 2000).

*Droz, G., et Gaudemet-Tallon, H., « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale » (2001) 90 Rev. crit. D.I.P. 601.

*Dubuisson, É., « La personne virtuelle : propositions pour définir l’être juridique de l’individu dans un échange télématique », (1995) 3 D.I.T. 4.

*Dupuis-Toubol, F., Tonnelier, M.-H. et Lemarchand, S., « Responsabilité civile et Internet », J.C.P. éd. E, 1997, no 13, 135.

*English, P. A., « La simultanéité et le droit privé » (2002) 99 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 juin 2002).

*Fallon, M., « Les clauses abusives dans les contrats transfrontières », 20ème atelier de la consommation : les clauses abusives, Paris, 25 octobre 2001, en ligne : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/consommation/ateliers_conso/atelier20.htm#bouscharain> (consulté le 18 juin 2002).

Fauvarque-Cosson, B., « Les contrats du commerce international. une approche nouvelle : les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », (1998) 2 R.I.D.C. 463.

*Fauvarque-Cosson, B., « Le droit international privé classique à l’épreuve des réseaux », en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Fauvarque_B.pdf> (consulté le 13 mars 2002)

*Ferrari, F., « Recent Development : CISG : Specific Topics of the CISG in the light of Judicial Application and Scholary Writing » (1995) 15 J. L. & Comm. 64.

*Ferrari, F., « CISG Case Law : A New Challenge for Interpreters? », (1999) 17 J. L. & Comm. 246, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari3.html> (consulté le 7 décembre 1999).

*Fiechter-Boulvard, F., « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit » dans Cohet-Cordey, F., dir., *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, 13 à la p. 15, en ligne :

<http://www.pug.fr/telech_ouvrage/vulnérabilité.pdf> (consulté le 20 décembre 2000).

*Flour, J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Études offertes à Georges Ripe*rt, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, 96.

*Fontaine, M., « Rapport de synthèse », dans Ghestin, J. et Fontaine, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, 615.

*Fontaine, M., « Avant-propos » dans Fontaine, M., dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 13.

*Fontaine, M., « Un régime harmonisé de la formation des contrats – Réexamen critique » dans Fontaine, M., dir., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 849.

Fouchard, Ph., « Les usages, l'arbitre et le juge » dans *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 67.

*Fouchard, Ph., « Où va l'arbitrage international? », (1989) 34 R.D. McGill 435.

*Fouchard, Ph., « Arbitrage commercial international. Sources », Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1052.

*Fouchard, Ph., « Arbitrage commercial international. Notion», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1050.

Foyer, J., « Le contrat d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » dans *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994., 169.

*Foyer, J., « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles » (1991) 118 J.D.I. 601.

*Foyer, J., « L'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles » (1976) 103 J.D.I. 593.

*Francescakis, Ph., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », (1966-1969) Trav. comité fr. dr. int. privé 149.

*Francescakis, Ph., « Le droit international privé dans le monde post-colonial – Le cas de l'Afrique noire», (1973) 100 J.D.I. 46.

Fuentes-Camacho, T., « Introduction : L'UNESCO et le droit du cyberespace » dans Fuentes-Camacho, T., dir., *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Paris, Économica, 2000, 1.

*Gaillard, E., « Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Autonomie et principe de validité. Droit applicable», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1054.

*Gaillard, E., « Arbitrage commercial international. Arbitrabilité», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1058, § 27.

*Gaillard, E., « Arbitrage commercial international. Forme et preuve», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1060.

*Gaillard, E. « Trente ans de Lex Mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JCP, éd. G., no 14, 147.

*Gaudemet-Tallon, H., « Le nouveau droit international privé des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. no 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) » (1981) Rev. trim. dr. europ. 215.

*Gaudemet-Tallon, H., « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères » dans Borras, A. et al., dir, *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 85.

*Gaudemet-Tallon, H., « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement? », (1997) Rev. crit. D.I.P. 1.

*Gaudemet-Tallon, H., « Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Juris-Classeur Europe, fasc. 3200.

*Gaudet, S. et Kouri, R., « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? », (1989) 20 R.D.U.S. 175.

*Gautrais, V., « La formation des contrats par télécopieurs », en ligne : <http://www.droit.umontreal.ca/pub/themis/95vol29n2/GAUTRAIS.html> (consulté le 10 avril 2000).

*Gautrais, V., «Une approche théorique des contrats: application à l'échange de documents informatisé», (1996) 37 C. de D. 121.

*Gautrais, V., «Contrats internationaux dans le cyberespace: les éléments du changement», Congrès annuel du Barreau (1997), Service de la formation permanente Barreau du Québec, 1997, 405.

*Gautrais, V., « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois », en ligne : <http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm> (consulté le 13 avril 2000).

*Gautrais, V., « La formation des contrats en ligne » dans Labbé, É. et al., dir., Guide juridique du commerçant électronique, 2001, Juris international, en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf> (consulté le 20 mai 2002)

*Gautrais, V. et Moyse, P.-E., « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberespace : la relation auteur / utilisateur », en ligne : <http://www.robic.ca/cpi/Cahiers/09-1/01Gautrais.htm> (consulté le 2 juin 2002)

*Ghestin, J. et Marchessaux-Van Melle, I., « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens » dans Ghestin, J. et Fontaine, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, 1.

*Ghestin, J., « Rapport introductif » dans Ch. Jamin et D. Mazeaud, dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, 3.

Giardina, A., « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux » (1995) 3 J.D.I. 547.

*Glenn, P., « Droit international privé » dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

*Glenn, P., « Prorogation volontaire et compétence internationale » (1977) R.D. McGill 125.

Goddard, D., « Does the Internet Require New Norms » (2000) 2 International Law FORUM du droit international 183.

*Goldman, B., « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé » (1963) R.C.A.D.I. 347.

*Goldman, B., « Frontières du droit et « lex mercatoria », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 177.

*Goldman, B., « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives » (1979) J.D.I. 475.

Goldman, B., « Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria », dans Dominicé, Ch., Patry, R. et Reymond, C., dir., *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 241.

*Goldstein, G., « L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de G.M.A.C. c. Arnold » (1984) 30 R. D. McGill 143.

*Goldstein, G., « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (53) 1993 R. du B. 199

*Goldstein, G., « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », Développements récents en droit de la consommation, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 143.

Greguras, F.M. et al., « Electronic Commerce: On-Line Contract Issues », en ligne : <http://www.batnet.com/oikoumene/ec.contracts.html> (consulté le 9 décembre 1997).

*Guillemard, S., Prujiner, A. et Sabourin, F., « Les difficultés de l'introduction du forum non conveniens en droit québécois », (1995) 36 C. de D. 913.

*Guillemard, S., « Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux », en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html> (consulté le 21 septembre 2000).

*Haas, G., « Commerce électronique : une poudrière juridique » (1998) Juriscom.net, en ligne : <http://www.juriscom.net/chr/1/fr19980710.htm> (consulté le 19 mai 2002).

Handa, S., « Jurisdiction in Cyberspace », (2000) 4 Canadian International Lawyer 1.

Hardy, I. T., « The Proper Legal Regime for "cyberspace" » (1994) 55 University of Pittsburgh Law Review 993.

*Hazan, A., « Les cyberconsommateurs et l'Europe » Le Monde interactif (11 octobre 2000), en ligne : http://interactif.lemonde.fr/article/0,5611,2866--104191-0,FF.html (consulté le 20 octobre 2000).

*Heuzé, V., « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 » (2000) 4 Rev. crit. D.I.P. 595.

*Highet, K., « The Enigma of the Lex Mercatoria » (1988-1989) 63 Tul. L. Rev. 613.

Hill, R., « A Businessman's View of the UNIDROIT Principles » (1997) 13 Jl of International Arbitration 163.

Hill, R., « On-line Arbitration : Issues and Solutions » (1999) 15 Arbitration International 199.

*Houx, N., « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1re partie) », (2001) 43 P.A., en ligne : <http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/> (consulté le 29 mai 2002).

Huet, A., « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 501.

*Huet, J., « Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) » (1991) D. 181.

*Huet, J., « Le commerce électronique » dans Huet, P., dir., *Le droit du multimédia – De la télématique à Internet*, Paris, Les Éditions du Téléphone, 1996, 209.

*Huet, J., « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » (1997) 116 P.A. 6, en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/pa> (consulté le 26 juin 2002).

*Huet, J., « Les contrats et les consommateurs », Séminaire Euroforum, Paris, 29 janvier 1988, en ligne : <http://www.u-paris2.fr/cejem/travaux/articles/articles/huet.htm> (consulté le 9 mai 2002).

ICC, « Making rules for electronic commerce », en ligne : <http://www.iccwbo.org/html/Making%20rules.htm> (consulté le 27 novembre 1997).

*ICC, « The World Business Agenda for Electronic Commerce The new frontier of Cyberspace », en ligne : <http://www.iccwbo.org/conferences/success_story.htm> (consulté le 27-11-97)

*Jarrosson, Ch., « La clause compromissoire (art. 2061 C. civ.) » (1992) Rev. arb. 259.

*Jodlowski, J., « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », R.C.A.D.I., vol. 143, 1974, 475.

*Johnson, D. R. et Post, D. G., « Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48 Stan. L. Rev. 1367, en ligne : <http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html> (consulté le 9 décembre 1997).

Johnson, D.R., Crawford, S.P. et Jain, S., « Deferring to Contractual Choices of Law and Forum To Protect Consumers (and Vendors) in Ecommerce », en ligne : <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/drafts/crawford.html#N_2_> (consulté le 7 juin 2002)

*Kahn, Ph., « Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? », dans *Le droit des relations économiques internationales -- Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 97.

*Kahn, Ph., « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » (1989) J.D.I. 305.

*Kahn, Ph., « La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses » (1992) 37 R.D. McGill 413.

*Kahn, Ph., « Situation d'un droit commercial spatial » dans Kahn, Ph., dir., *L'exploitation commerciale de l'espace, droit positif, droit prospectif*, Paris, Litec, 1992, 91.

Katsh, E., « Cybertime, Cyberspace and Cyberlaw » (1995) J. Online J. art.1, en ligne : <http://www.wm.edu/law/publications/jol/95_96/katsh.html> consulté le 12 juin 2002.

Katsh, E., « Digital Lawyers: Orienting the Legal Profession to Cyberspace » (1994) 55 The University of Pittsburgh Law Review 1141.

Katsh, E., « Rights, Camera, Action: Cyberspatial Settings and the First Amendment » (1995) 104 Yale L.J. 1681.

*Kaufmann-Kohler, G., « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges? » dans Boele-Woelki, K. et Kessedjian, C., dir., *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 89.

*Kessedjian, C., « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'Unidroit » (1995) 84 Rev. crit. D.I.P. 641.

Kessedjian, C., « La codification privée », dans A. Borras et al., dir, *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 135.

*Kessedjian, C. «Contrôle judiciaire des élections de for inappropriées», Sokol Colloquium, Charlottesville (U.S.A.), 1996 Conférence de La Haye de droit international privé, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 7, avril 1997 (Rapport établi par Catherine Kessedjian) annexe II, en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm_dp7.doc> (consulté le 20 février 2001).

*Kessedjian, C., « Rapport de synthèse » dans Boele-Woelki, K. et Kessedjian, C., dir., *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 143.

*Kessedjian, C., « Internet et le Règlement des différends » dans Grosheide, F.W. et Boele-Woelki, K., dir., *Molengrafica 1999-2000*, Koninklijde Vermande 2000, 69.

*Kessedjian, C., « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable » dans Thévenoz, L. et Bovet, Ch., dir., *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Stæmpfli, 2000, 65.

* Kessedjian, C., « La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après », dans Basedow, J. et al., dir., *Private Law in the International Arena – Liber Amocrum Kurt Siehr*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2000, 329.

Kessedjian, C., « Court Decisions on Enforcement of Arbitration Agreements and Awards » (2001) 1 J. Int'l Arb. 1.

*Khiari, K., « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international » *dans Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, 15.

Klotz, J. M., « The CISG – Application and Contract Drafting in Light of Its Contract Formation Rules » (1997) 2 Canadian International Lawyer 71.

*Kolossov, Y., « Les aspects spécifiques de la régulation juridique internationale des activités spatiales et du régime de l'Espace » dans Piradov, A. S., dir., *Le droit international de l'espace*, U.R.S.S., Les éditions du Progrès, 1976,17.

*Kotch, K., « Addressing the Legal Problems of International Electronic Data Interchange : the Use of Computer Records as Evidence in Different Legal Systems » (1992) 6-2 *Temple International and Comparative Law Journal* 451.

*Kullmann, J., « Clauses abusives et contrat d'assurance » (1996) R.G.D.A. 11.

*Lagarde, P., « Approche critique de la lex mercatoria», dans *Le droit des relations économiques internationales -- Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

*Lagarde, P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé » (1986) 196 R.C.A.D.I. 13.

*Lagarde, P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » (1991) Rev. crit. D.I.P. 287.

*Lalive, P., « Tendances et méthodes en droit international privé » (1977) II R.C.A.D.I. 1.

*Lalive, P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » (1986) Rev. arb. 329.

Lando, O., « Principles of European Contract Law » dans Storme, M., dir., *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, 555.

*Lavenue, J.-J., « Cyberespace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1996) 3 R.R.J. 811.

*Lavenue, J.-J., « Du statut des espaces au régime des activités : observations sur l'évolutions du droit international », en ligne : <http://www2.univ-lille2.fr/droit/enseignants/lavenue/espace21.htm> (consulté le 12 juin 2001).

*Levasseur, M., « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique » dans Jamin, Ch. et Mazeaud, D., dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, 109.

*Level, P., « Le contrat dit sans loi » (1964-1966) Trav. Comité fr. D.I.P. à la p. 209.

*Lévy, J.-P., « L'apport de l'antiquité au droit de la preuve » (1996) 23 Droits 3.

Lightburn, J. J., « Réglementation du commerce électronique au sein de l'Union européenne », en ligne: <http://www.le-juriste.com/edit/ne001.htm> (consulté le 7 décembre 2000).

*Loquin, É., « L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international » dans CCI, *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, CCI, 1996, 67.

Loquin, É., « Arbitrage. Institutions d'arbitrage », Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1002.

*Loquin, É., « Arbitrage. Définition, nature juridique, distinctions avec d'autres institutions, avantages et inconvénients», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1005.

*Loquin, É. et Ravillon, L., « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé » dans Loquin, É., et Kessedjian, C., dir., *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000, 91.

*Lyon-Caen, G., « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial » (1949) Rev. tr. dr. com. 577.

Mackaay E., «Les nouveaux environnements informatiques et leur droit» dans Frémont, J. et Ducasse, J.-P., dir., *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Montréal, Les chemins de la Recherche, 1996 123.

*Mahé, C.B.P., « Conflit de conditions générales : quelle tactique adopter? » (1997) E.J.C.L., en ligne : <http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-2.html > (consulté le 19 mai 2002)

*Marquis, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1992) 37 R.D. McGill 448.

*Marquis, L., « Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel » dans Glenn, P., dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 447.

*Masse, C., « Pour une nouvelle LPC », Journal du Barreau, 15 juin 2001 à la p. 12.

*Masse, D. G., « Le cadre juridique en droit civil québécois des transactions sur l'inforoute » (1997) 42 R.D. McGill 403.

*Mattei, H., « L'efficacité et l'égalité dans le nouveau droit des contrats européens. Règles impératives, dispositives et mesures coercitives » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 597.

Mayer, P., « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé » dans *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 275.

*Mayer, P., « Actualité du droit international » (2000) 90 P.A., en ligne : <http://www.petites-affiches.presse.fr/pa/> (consulté le 30 juin 2002).

*Mazeaud, D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », (1998) 117 P.A., en ligne : http://www.petites.affiches.presse.fr/archives/ (consulté le 29 mai 2002).

*Mazeaud, D. « La protection par le droit commun » dans Jamin, Ch. et Mazeaud, D., dir., Les clauses abusives entre professionnels, Paris, Économica, 1998, 33.

*Mazeaud, D., « L'attraction du droit de la consommation » dans *Droit du marché et droit commun des obligations* (1998) Rev.tr.dr. com. 95.

*Meijers, E. M., « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge », (1934) 49 R.C.A.D.I. 543.

*Mestre, J., « Rapport de synthèse » dans Jamin, Ch. et Mazeaud, D., dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, 157.

*Meyer, P., « The jurisdiction of the Courts as Affected by the Doctrine of Forum Non Conveniens » (1964) 24 R. du B. 565.

*Meyers, J. M., « Uniform Computer Information Transactions Act or The Act formerly known as Article 2B », Commercial Law League of America, Mont-Tremblant (Québec), juillet 1999, en ligne : <http://www.clla.org/articles/ucitac.html>, consulté le 19 juin 2002.

*Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Classification des logiciles livrés par voie électronique», en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_nonpaper-f.asp> (consulté le 11 juin 2002).

*Moens, P., « Loi applicable et juge compétent : la CCI ne veut pas d'exception pour le consommateur », 1 Août 2001, en ligne : <http://www.droit-technologie.org>, consulté le 26 mai 2002.

Moore, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois » (1994) 28 *Thémis*, en ligne : <http://www.lexum.umontreal.ca/themis/94vol28n1/MOORE.html> (consulté le 20 mai 2000).

*Moyse, P.-E., « Les noms de domaine au Canada -- . CA et .COM », en ligne : <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iinomdomaine.htm> (consulté le 10 février 2001).

*Mustill, Lord M., « The New Lex Mercatoria : The First Twenty-five Years » dans Bos, M., et Brownie, I., dir., *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149.

*Mustill, Lord M., « Artibration : History and Background » (1989) 6 *Journal of International Arbitration* 43.

*Niboyet, J.-P., « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité? » 1950 Rev. crit. D.I.P. 509.

Niboyet, M.-L., « Contrats internationaux. Introduction. Généralités. Sources. Historique » Juris-Classeur Droit international privé français, fasc. 552-10.

*Nicholas, B., « The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation? », mars 1993, en ligne: <http://www.cnr.it/CRDCS/frames9.htm> (consulté le 17 février 1998).

*Oppetit, B., « La clause arbitrale par référence » (1990) 3 Rev. arb. 557.

*Ouellette, M., « Livre premier : des personnes » dans *La Réforme du Code civil*, tome 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 11.

*Paisant, G., « La protection par le droit de la consommations » dans Jamin, Ch. et Mazeaud, D., dir., *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, Économica, 1998, 17.

*Palacio, A., « Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique » (2002) 38 P.A. 46.

*Patocka, J., « L'idée d'espace depuis Aristote jusqu'à Leibniz (Esquisse historique) », Sbornik praci filosofické fakulty brnenské university, Rada umenovedna (F), vol. X, no 5, Bron, 1961, 23.

*Pocar, F., « La protection de la partie faible en droit international privé » (1984) V R.C.D.A.I. 339.

*Post, D. G., « Anarchy, State, and the Internet : An Essay on Law-Making in Cyberspace » 1995 J. Online L. art.3, en ligne : <http://www.law.georgetown.edu/olin/papers/post1a.html> (consulté le 24 juin 2002).

*Pélichet, M., « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », (1987) 201 R.C.A.D.I. 9.

*Pincus, A., « L'élaboration d'un cadre juridique uniforme pour le commerce électronique », en ligne : <http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/0500/ijef/frpinc.htm> (consulté le 3 janvier 2001).

*Popescu, T., « Le droit du commerce international : une nouvelle tache pour les législateurs nationaux ou une nouvelle "lex mercatoria" »? dans Unidroit, *New directions in international trade law*, New York, Dobbs Ferry, 1997, 21.

*Poullet, Y., « Quelques considérations sur le droit du cyberespace », en ligne: <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/droit-du-cyberspace.PDF> (consulté le 31 mars 2000).

*Poullet, Y., « De la "Maison Multimédia" au droit du village global – quelques réflexions d'humeur », en ligne : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/Maisonvillage.pdf> (consulté le 31 mars 2000).

*Poullet, Y., « Vers la confiance : Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace », octobre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/page3_06_1.html> (*consulté le 16 avril 2002.)

Prujiner, A., « Les nouvelles règles de l'arbitrage au Québec » (1987) Rev. arb. 425.

*Prujiner, A., « Le droit international privé : un droit du rattachement » dans Dominicé, Ch., Patry, R. et Reymond, C., dir., *Études de droit international en l'honneur*

de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, 161.

*Prujiner, A., « La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI) », (1994) 3 Rev. arb. 569.

*Quadri, R., « Le droit international cosmique », (1959) III R.C.A.D.I. 507.

Raymond, G., « Clauses abusives : la nullité de la clause ne s'applique pas dans un contrat conclu entre deux commerçants », commentaire no 69, Contrats-Concurrence-Consommation, Juris-Classeur, no 4, avril 2000, 25.

*Reidenberg, J. R., « Governing Networks and Cyberspace Rule-Making » (1996) 45 Emory Law Journal, en ligne : http://ksgwww.harvard.edu/iip/GIIconf/reid.html (consulté le 24 juin 200).

*Retornaz, C., « Le commerce électronique international. Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur », en ligne : <http://www.celog.fr/expertises/1998/som0598/commerce0598.htm> (consulté le 23 juillet 2001).

*Rigaux, F., « Examen de quelques quesions laissées ouvertes par la Convention de rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » 1988 Cah. Drt. Europ. 306.

Rigaux, F, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », (1989) 1 R.C.A.D.I. 408.

Rubellin-Devichi, J., « Arbitrage. Principes généraux», Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1010.

Rubellin-Devichi, J., « Arbitrage. Compromis et clause compromissoire» Juris-Classeur Procédure civile, fasc. 1020.

*Salaün, A., « Les transactions commerciales sur Internet », en ligne: <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/transcomm.pdf> (consulté le 12 mars 2002).

*Schmitthoff, C. M., « The Unification of the Law of International Trade », (1968) J. Bus. L. 105.

*Schnitzer, A. F., « La loi applicable aux contrats » (1955) 44 Rev. crit. D.I.P. 459.

*Schnitzer, A. F., « Les contrats en droit international privé suisse » (1968) 123 R.C.D.A.I. 33.

*Stern, B. et Taxil, B., « Internet comme système social » (2000) 2 *International Law FORUM du droit international* 157.

*Swire, P. P., « Of Elephants, Mice, And Privacy : International Choice of Law and the Internet » 32 Int' Lawyer 991, en ligne : <http://www.acs.ohio-state.edu/units/law/swire1/elephants.htm> (consulté le 22 juin 2002).

*Talpis, J. A. et Castel, J.-G., « Le Code Civil du Québec – Interprétation des règles du droit international privé », dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notraires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 801.

*Tenreiro, M. et Ferioli, E., « Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE » dans Commission Européenne, Direction

Générale de la santé et de la protection des consommateurs, *La Directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, 18, en ligne : <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf> (consulté le 6 juillet 2001.)

*Tenreiro, M., « Conclusion » dans Commission européenne, Direcction générale de la santé et de la protection des consommateur, *La Directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, 215, en ligne : <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf> (consulté le 6 juillet 2001).

*Thieffry, P., « Inapplicabilité de l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles en cas de multiplicité de lieux d'exécution », en ligne : <http://www.thieffry.com/articles/multiplicite.htm> (consulté le 26 juin 2002).

*Thoumyre, L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique » Lex Electronica, 9 juin 1999, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm> (consulté le 4 mai 2000).

*Thuilleaux, S. et Proctor, D. M., « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrales », (1992) 37 R.D. McGill 470.

*Trudel, P., « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », (1995) 55 R. du B. 521.

Trudel, P., «Le cyberspace: réseaux constituants et réseau de réseaux», dans Frémont, J. et Ducasse, J.-P., dir., *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Montréal, Les chemins de la Recherche, 1996, 137.

*Vanderlinde, J., « Introduction, Regards candides sur les sciences du texte juridique » dans C. Thomasset et D. Bourcier, dir., *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 1.

*Védel, G., « Le droit économique existe-t-il? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Collection Travaux et recherches de L'I.P.A.-I.A.E. de Toulouse, 1981, 768.

*Verbiest, T., « La Directive européenne sur le commerce électronique », Juriscom.net, 15 juin 2000, en ligne : <http://www.juriscom.net/espace2/2/ce0615.htm> (consulté le 7 décembre 2000).

*Verbiest, T., « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », Juriscom.net, 23 février 2001, en ligne : <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm> (consulté le 19 juin 2002)

*Virally, M., « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », (1983) 183 R.C.A.D.I. 9.

Communications et rapports divers

*American Bar Association, « Achieving Legal and Business Order in Cyberspace. A Report on Global Jurisdiction Issues Created by Internet », en ligne : <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/draft.rtf> (consulté le 7 juin 2002).

*Antaki N., « L'arbitrage commercial : concept et définitions », Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec, Québec, 5-7 novembre 1987 (1987) C.P. du N. 491.

*A.U.I., « Pour une intégration sereine et un développement harmonieux d'Internet dans la société française, Rapport du 07/06/96 », en ligne : <http://www.aui.fr/Rapports/RAUI-070696.html> (consulté le 16 novembre 1997).

*Burkert, H., « L'Internet et le droit – premiers tourments », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/BurkertFR.pdf> (consulté le 29 juin 2002).

*Caprioli, É., « Aspects internationaux du commerce électronique » , Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Caprioli.pdf> (consulté le 29 juin 2002).

*CCI, *Arbitrage international. 60 ans après, regard sur l'avenir*, Paris, CCI, 1984.

*CCI, « La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique » (juin 2001), en ligne : <http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/French_translations/competence_et_loi_applicable.asp> (consulté le 20 juin 2002).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 8-19 février 1999),* document A/CN.9/457, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-32/acn9-457.htm> (consulté le 19 décembre 2000).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 6-17 septembre 1999)*, document A/SN.9/465, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-33/acn9-465.pdf> (consulté le 27 mars 2000).

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 14-25 février 2000)*, document A/CN.9/467, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-33/acn9-467.pdf> (consulté le 2 mai 2000).

*CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 18-29 septembre 2000)*, document A/CN.9/483, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-34/483.pdf> (consulté le 27 novembre 2000).

Commission européenne, Direction générale de la santé et de la protection des consommateurs, *La directive « clauses abusives », cinq ans après. Évaluation*

et perspectives pour l'avenir, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, en ligne : <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf> (consulté le 6 juillet 2001).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 7 d'avril 1997 (Rapport établi par Catherine Kessedjian), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm_dp7.doc> (consulté le 14 juillet 2000)

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire No 8 novembre 1997 (établi par Catherine Kessedjian), en ligne : <ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgm_dp8.doc> (consulté le 27 juin 2002).

*Conférence de La Haye de droit international privé et Université de Genève, Table Ronde sur les questions de droit international privé posés par le commerce électronique et Internet, Genève, septembre 1999, Rapport de la Commission I – Contrats, inédit.

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », Document préliminaire No 7 avril 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, (document établi par Catherine Kessedjian), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/gen_pd7f.doc> (consulté le 20 février 2001).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Avant-projet de convention sur la compétence internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 11 août 2000 (Rapport établi par Peter Nygh et Fausto Pocar), en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgmdp11.doc> (consulté le 14 septembre 2000).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », Document préliminaire no 12 août 2000 (Rapport des travaux rédigé par Catherine Kessedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada), en ligne : ftp://hcch.net/doc/jdgmdp12.doc (consulté le 29 juin 2002).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première partie de la Conférence Diplomatique, 6-20 juin 2001, Texte provisoire préparé par le Bureau Permanent et les Rapporteurs », en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc> (consulté le 2 août 2001).

Conférence de La Haye de droit international privé, « L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements : nouvelles pistes de réflexion», Document préliminaire no 17 Février 2002, (établi par Avril D. Haines), en ligne : <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html> (consulté le 6 mai 2002).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire », Document préliminaire

no 18 Février 2002, (établi par Avril D. Haines), en ligne : <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html> (consulté le 6 mai 2002).

*Conférence de La Haye de droit international privé, « Document de réflexion pour aider à la préparation d'une convention sur la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document préliminaire no 19 Août 2002, (préparé par Andrea Schulz), en ligne : <ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgm_pd19f.doc> (consulté le 26 septembre 2002).

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Activités récentes du ministère de la Justice en droit international privé: Rapport à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, (Juillet 1996), en ligne : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/96pro/f96o.htm> (consulté le 6 décembre 1997).

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *La place du Canada dans l'ordre juridique international privé*, en ligne : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/priority/fpil.htm> (consulté le 6 décembre 1997).

*Conseil d'État, section du rapport et des études, « Internet et les réseaux numériques », 2 juillet 1998, en ligne : <http//www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rapce.rtf> (consulté le 12 novembre 1998).

*Conseil National du crédit et du titre, « Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres », mai 1997, en ligne : <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap2.htm> (consulté le 5 mai 2001).

*Giuliano, M. et Lagarde, P., « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050, en ligne : <http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1980/fr_380Y1031_01.html> (consulté le 17 janvier 2000).

*Groupe européen de droit international privé, *Compte rendu des séances de travail, Dixième réunion, Rome, 15-17 septembre 2000*, en ligne : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-10t.html> (consulté le 4 mai 2001).

*Groupe européen de droit international privé, « Commentaire consolidé des propositions de modification des article 3, 5, 6, 7 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement "Bruxelles I") », en ligne : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-11ccf.html> (consulté le 5 juin 2002).

*Huet, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Huet.pdf> (consulté le 19 mai 2002).

*Lagarde, P., « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, Rapport », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1971-1973 147.

*Moncayo von Hase, A., « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, Paris, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Moncayo_vf.pdf> (consulté le 17 mars 2002).

*Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie – DGCCRF, « Rapport d'activités 2000. Le commerce électronique », en ligne : http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/activites/2000/commerce.htm (consulté le 19 juin 2002)

*Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie – DGCCRF, « Le "cyberconsommateur" », 12ème atelier de la consommation, juin 1999, en ligne : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/consommation/ateliers_conso/atelier12.htm> (consulté le 21 juin 2002).

*OCDE, « Recommandation du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique » (décembre 1999) », en ligne : <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00000000/M00000360.pdf> (consulté le 21 janvier 2002).

OCDE, « Inventory of consumer protection laws, policies and practices applied to electronic commerce » (février 2001), en ligne : <http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/c5ce8ffa41835d64c125685d005300b0/c125692700623b74c1256a0200370632/$FILE/JT00103535.PDF> (consulté le 19 juin 2002).

OCDE, « Business-to-consumer e-commerce statistics » (mars 2001), en ligne : http://webnet1.oecd.org/pdf/M00001000/M00001293.pdf (consulté le 19 juin 2002).

*OCDE, « Consumers in the online market place. OCDE workshop on the guidelines-One year latter », (avril 2001), en ligne : <http://webnet1.oecd.org/pdf/M00001000/M00001260.pdf> (consulté le 8 juin 2002).

*Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, projet de Code civil*, vol. I, Québec, Éditeur officiel, 1977.

*Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, commentaires*, vol. II, t.2., Québec, Éditeur officiel, 1977.

*O.I.C., « Consumers @ shopping. An international comparative study of electronic commerce », en ligne : <http://www.consumersinternational.org/campaigns/electronic/e-comm.pdf> (consulté le 26 mai 2001).

*O.I.C., « Devrais-je acheter? Les achats en ligne en l'an 2001 : Etude internationale comparative du commerce électronique », en ligne :

<http://www.consumersinternational.org/campaigns/environment/Achats%20en%20ligne%202001a_Fr.doc> (consulté le 2 juin 2002).

*Parlement Européen, Commission juridique et du marché intérieur, « Second projet de rapport de Diana Paulette Wallis (PE 286.006) sur la proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », PE 286.006/AMC1-7/REV2, en ligne : <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20000904/419253_fr.doc> (consulté le 22 février 2001).

Paul, Ch., , « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le sénat, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique », en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/2/rapports/r2197.htm> (consulté le 5 décembre 2000).

*Portalis, J.-É.-M., « Discours préliminaires sur le projet de Code civil » dans *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique*, Paris, Centre de philosophie politique et juridique, 1989.

Samson, Cl. et Ziegel, J. S., « Report to the uniform law conference of Canada on Convention on Contracts for the international sale of goods », juillet 1981, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/frenchxw.html> (consulté le 7 décembre 1999).

*Schellekens, M., « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique » Colloque international Droit de l'internet, Approches européennes et internationales, novembre 2001, en ligne : <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Schellekens_vf.pdf> (consulté le 14 juin 2002).

*Uniform Computer Information Transactions Act with Preparatory Note and Reporter's note, en ligne : <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucita/citam99.htm> (consulté le 26 avril 2000).

*Von Mehren, A. T., Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises – Rapport explicatif, La Haye, Bureau permanent de la Conférence, 1987.

*Wallon, F. « Rapport de consultation » 3 novembre 2000, en ligne : <http://celog.francelink.com/celog/rapportyahoo-6nov00.zip>, consulté le 15 octobre 2002).

*WTO, Seminar on Electronic Commerce and Development, 19 février 1999, en ligne : <http://www.wto.org/wto/french/ecomf/wtcomtd18.doc> (consulté le 1er juin 2002).

* Yolin, M. et Merlin, J.-C., « Internet et PME : mirage ou opportunité? Rapport auprès du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie [France]», en ligne : <http://www.evariste.org/yolin/2001/sommaire.html> (consulté le 3 mars 2002).

Lois, directives, codifications, conventions internationales, lois types et autres

Canada

- Québec

*Avant-projet de loi, Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information, Éditeur officiel du Québec, http://www.assnat.qc.ca/fra/publications/av-projets/00-fa01.htm Consulté le 8 septembre 2000.

**Code civil du Bas-Canada*.

**Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001-2002.

*Code de procédure civile, 1965.

*Code de procédure civile, 1992.

* *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q., c. 32, en ligne : <http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/cgi/telecharge.cgi/161F0129.PDF?table=gazette_pdf&doc=161F0129.PDF&gazette=4&fichier=161F0129.PDF> (consulté le 30 janvier 2002).

* *Loi concernant les ventes à tempérament*, S.Q. 1947, c. 73.

**Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage* L.Q., 1986, c. 73.

* *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c.57.

**Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

**Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.Q., c. 32.01.

**Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-39.

*Projet de loi no 161, Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, première session, trente-sixième législature, Éditeur officiel du Québec, 2000, http://www.assnat.qc.ca/fra/publications/projets-loi/publics/00-f161.htm consulté le 11 décembre 2000.

- Autres

* Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur la preuve électronique* (1998), en ligne : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/feeact.htm> (consulté le 14 décembre 2000).

* Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur le commerce électronique* (1999), en ligne <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/fueca-a.htm> (consulté le 30 novembre 2000).

**Loi constitutionnelle de 1867*, S.R.C. 1970.

**Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, c. 21.

Conférence de La Haye de droit international privé

**Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels*.

**Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for.*

**Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*.

**Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*

*Projet de Convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Texte provisoire préparé par le Bureau Permanent et les Rapporteurs, en ligne : <ftp://hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc>, consulté le 2 août 2001)

Europe

**Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles, le 27 septembre 1968, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_498Y0126_01.html> (consulté le 24 septembre 2001).

*Convention d'adhésion de Luxembourg de 1978.

*Convention de San Sebastian du 26 mai 1989.

**Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE, en ligne : <http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/498y0126-3/498y0126-3_FR.doc> (consulté le 5 juin 2002).

* *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997L0007&model=guichett> (consulté le 4 juillet 2002).

**Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n° L 204 du 21/07/1998 p. 0037 – 0048, en ligne : <http:/europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0034.html> (consulté le 7 décembre 2000).

**Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*, Journal officiel n°

L 217 du 05/08/1998 p. 0018 – 0026, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1998/fr_398L0048.html> (consulté le 7 décembre 2000).

Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, Journal officile n° L 320 du 28/11/1998 p. 0054 – 0057.

Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020, en ligne :<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1999/fr_399L0093.html> (consulté le 8 janvier 2001).

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive sur le commerce électronique »), Journal officiel no L178 du 17/07/2000 p. 0001-0016, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html> (consulté le 13 mars 2002).

Directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 93/13 CEE du 5 avril 1993, J.O.C.E. L.95 21 avril 1993, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1993/fr_393L0013.html> (consulté le 20 octobre 2001).

* Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur, COM/98/0586 final - COD 98/0325, JOCE n° C 30 du 5 février 1999, p. 4, art. 11 §1 a), en ligne : <http://www.ccip.fr/etudes/propos/qjurid/sai9903/comelec.htm> consulté le 11 mai 2000).

*Recommandation n° 94/820 du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, *JOCE n° L*. 338 du 28 décembre 1994

*Règlement européen Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, en ligne : <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf> (consulté le 4 octobre 2001).

France

*Code civil.

*Code de commerce.

**Code de la consommation* 1re Partie : Législative (L. n° 93-949 du 26 juillet 1993), en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm> (consulté le 6 juin 2002).

**Décret no 81-500, instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau Code de procédure civile, et modifiant certaines dispositions de ce code*, J.O. 14 mai 1981.

*Loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile.

*Loi du 22 juillet 1982 sur le bail d'habitation.

*Loi du 6 juillet 1990 sur l'hébergement des personnes âgées.

**Loi no 78-22 du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédit*.

**Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial* (JO(RF) du 2 février 1995, p. 1755).

**Loi n°200-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (1),* J.O. no 62 du 14 mars 2000, p. 3968, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/ta/ta0465.asp> (consulté le 24 juin 2002).

**Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, en vigueur le 19 décembre 1991, Journal Officiel du 16 mai 2001 à l'article L411-4, en ligne : <http://www.adminet.com/jo/20010516/ECOX0000021L.html> (consulté le 20 octobre 2001).

*Nouveau code de procédure civile.

**Ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce*.

* Projet de loi sur la société de l'information (LSI), version du 14 juin 2001, en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3143.asp> (consulté le 15 mai 2002).

Nations-Unies

*Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, Vienne, le 11 avril 1980, A/CONF. 97/18.

**Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* Genève, 21 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 484, p. 349.

**Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Genève, 26 septembre 1927, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 92, p. 301.

**Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 10 juin 1958, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 330, p. 3, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/NY-conv-f.htm> (consulté le 30 octobre 2001).

**Loi type sur l'arbitrage commercial international*, 21 juin 1985, Document A/40/17, annexe I, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arb-f.htm> (consulté le 31 octobre 200).

**Loi type sur le commerce électronique* et Guide pour son incorporation 1996, en ligne : <http.//www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ec.htm#TOP> (consulté le 22 juin 1999).

**Loi type sur les signatures électroniques*, adoptée le 5 juillet 2001, en ligne <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf> (consulté le 30 avril 2002).

*Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, document A/CN.9/WG.IV/WP.84, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/wg_ec/wp-84fre.pdf> (consulté le 7 août 2000).

**Protocole relatif aux clauses d'arbitrage*, Genève, 24 septembre 1923, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 27, p. 157.

*Règles uniformes sur les signatures électroniques et guide pour leur incorporation, 2001, document A/CN.9/WG.IV/WP.86, en ligne : <http://www.uncitral.org/french/sessions/wg_ec/wp-86f.pdf> (consulté le 4 septembre 2000).

Unidroit

Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1er juillet 1964.

**Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, La Haye, 1er juillet 1964.

**Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 1994, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm> (consulté le 29 novembre 2001).

U.S.A.

*Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États, 26 décembre 1933, adoptée lors de la 7ème Conférence des États américains.

**Uniform Commercial Code*, en ligne : <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html> (consulté le 3 janvier 2001).

**Uniform Computer Information Transactions Act*, en ligne : <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucita/citam99.htm> (consulté le 26 avril 2000).

**Uniform Electronic Transactions Act* (1999), en ligne : <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm> (consulté le 3 janvier 2001).

**Utah Digital Signature Act*, Utah Code §§ 46-3-101 à 46-3-504, L. 1995, ch. 61, en ligne : <http://www.jmls.edu/cyber/statutes/udsa.html> (consulté le 29 avril 2002).

Autres

*Accord de Libre Échange Nord-Américain, 1er janvier 1994, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-f.asp> (consulté le 10 juillet 2002).

*Code de commerce slovaque, No. 513/1991 Coll.

*Loi de la République Démocratique d'Allemagne sur les contrats économiques internationaux, du 22 janvier 1976 (*Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge*), complétée par la loi du 5 décembre 1975 de la République Démocratique d'Allemagne sur le droit applicable dans les relations internationales.

*Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987, en ligne : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/a3.html> (consulté le 25 novembre 2001).

*Loi tchécoslovaque sur les rapports juridiques dans les relations commerciales internationales, loi no 101 du 18 décembre 1963, complétée par des dispositions sur les règles de conflits, loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et procédural.

*Principes du droit européen des contrats – Version complète et révisée 1998, en ligne: <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2fr.html> (consulté le 19 mai 1999).

Règlements d'arbitrage

*American Arbitration Association, International Arbitration Rules As Amended and Effective November 1, 2001, en ligne : < http://www.adr.org/index2.1.jsp?JSPssid=15747&JSPaid=37504> (consulté le 15 octobre 2002)

*C.C.I. Nouveau Règlement de Conciliation et Règlement d'Arbitrage modifié. En vigueur à dater du 1er janvier 1988.

*C.C.I. Règlement d'arbitrage de la C.C.I., ICC Publication No 581, en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/03/fr/F_7053.htm> (consulté le 15 octobre 2002).

* Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm, Règlement (1988), en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/03/fr/F_7021.htm> (consulté le 15 octobre 2002).

* L.C.I.A., Arbitration Rules, adopted to take effect from 1 January 1998, en ligne : <http://www.jus.uio.no/lm/lcia.arbitration.rules.1998/> (consulté le 15 octobre 2002).

Jurisprudence et notes de jurisprudence

Canada

- Québec

*_171486 Canada Inc. (Cellular Solution II)_ c. _Rogers Cantel Inc._, [1994] A.Q. no 1197.

*_2736349 Canada inc_. c. _Rogers Cantel inc_., [1998] A.Q. no 1376.

*_Alimport_ c. _Victoria Transport_, [1975] C.A. 415, [1977] 2 R.C.S. 858.

*_Behaviour Communications inc._ c. _Virtual Image Productions_, REJB 1999-13612, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. Q.) <http://rejb.editionsyvonblais.com>.

*_Belisle National Leasing_ c. _Bertrand_, [1991] R.J.Q. 194 (C.S.)

*_Czajka_ c. _Life Investors Insurance Co. of America_, [1994] R.J.Q. 2218, J.E. 94-1344 (C.S.).

*_Charlebois_ c. _Baril_, (1927) 43 B.R. 295, [1928] R.C.S. 88.

*_Dunn_ c. _Wightman_, [1995] R.J.Q. 2210 (C.S.).

Grantech inc. c. _Domtar inc_. [1999] J.Q. no 5342 JEL/1999-1071 No 500-05-014011-967.

*_H.L. Boulton & Co. S.A.C.A_. c. _Banque Royale du Canada_, [1995] R.J.Q. 213 (C.S.)

*_HSBC Bank Canada_ c. _Mike Nytschyk_, REJB 2002-29936, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.editionsyvonblais.com>.

*_Importations Cimel Ltée_ c. _Pier Augé Produits de Beauté_, [1987] A.Q. no 1876 (C.A.).

*_International Image Services Inc_. c. _Ellipse Fiction/Ellipse Programme_, REJB 1997-02214, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>, REJB 1997-03899, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. A.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

*_JS Finance Canada_ c. _JS Holding SA_, REJB 1999-12408, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. A.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

*_Lamborghini (Canada) Inc._ c. _Automobili Lamborghini S.P.A_., [1996] A.Q. no 4175, [1997] R.J.Q. 58.

*_Lexus Maritime inc._ c. _Oppenheim Forfait GmbH_, [1998] A.Q. no 2059, J.E. 98-1592 (C.A.).

*_Magann_ c. _Auger_, (1902) 31 R.C.S. 186.

*_Massa Couvreurs ltée_ c. _Québec (Procureur général)_, [1997] R.J.Q. 465 J.E. 97-324 (C.S.),

*_Montréal (Ville de)_ c. _Dinasaurium Production inc_., [1999] R.J.Q. 2563 (C.A.Q.).

*_Mutual Life Assurance Co._ c. _Vinet_, C.Q. Montréal 500-02-003388-944, 1995-03-15, J.E. 95-967.

*_Opron inc._ c. _Aero System Engineering inc._, [1999] J.Q. no 420 (C.S. Montréal).

*_Red Falcon Holdings Ltd._ c. _Yellow Eagle Mining Inc._ (C.S.) Montréal 500-17-004315-985, 1999-04-15, AZ-99021464, J.E. 99-975, REJB 1999-12194, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

*_Regenair inc._ c. _Quebecor Printing Memphis Inc._, [2000] J.Q. no 3770 (C.S.), [2001] J.Q. no 1901 (C.A.).

*_Rémillard_ c. _9085-9638_, REJB 2001-29551, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. Q.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

*_Simcoe and Erie General Insurance Co._ c. _Arthur Andersen Inc._, [1995] R.J.Q. 2222 (C.S.).

*_Sorel Tracy Terminal Maritime_ c. _FSL Limited et N.V. Ghent Transport & Storage s.a. (GTS),_ REJB 2001-23640, en ligne : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (C. S.) <http://rejb.cedrom-sni.qc.ca/>.

*_Spar Aerospace Ltd._ c. _American Mobile Corp_., [1998] R.J.Q. 2802 (C.S.).

*_Underwood and Son Ltd._ c. _Maguire_, (1897) 6 B.R. 237.

*_United Colors & Chemicals International Inc._ c. _Carmichael Ltd_., J.E. 95-1374 (C.S.)

*_Vidéo Jacklan Inc_. c. _Cadieux_, [1978] R.D.J. 312 (C.A.).

*_Wabasso Ltd._ c. _National Drying Machinery Co_., [1981] 1 R.C.S. 578.

*_Zodiak International Productions inc._ c. _Polish People's Republic_, [1983] 1 R.C.S. 529.

- **Autres**

*_A & W Computers Inc_. c. _Hinners_, [1997] B.C.J. No. 521 (B.C.C.A.).

*_Caribbean Ispat Ltd._ c. _Companhia de Navegacao Lloyd Brasilairo_, [1992] F.C.J. No. 1163.

*_Colmenares_ c. _Imperial Life Assurance Co. of Canada_, [1967] R.C.S. 443

*_Ruddler_ c. _Microsoft Corp_. [1999] O.J. No 3778, en ligne : QL (0RP) <http://ql.quicklaw.com/qltemp/C1KFwgMdjSsVTEhW/00004ojre-00057269.htm>

*_Valmet Paper Machinery Inc_. c. _Hapag-Lloyd Ag_., [1996] B.C.J. No. 2655 (B.C.S.C.).

Europe

*C.J.C.E., 14 décembre 1976, aff. 24/76, _Estasis Salotti_ c. _Rüwa_, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c1.htm> (consulté le 10 juillet 2002).

*C.J.C.E., 14 décembre 1976, aff. 25/76, *Galeries Segoura*, en ligne http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61976J0025 consulté le 26 septembre 2001.

C.J.C.E., 17 janvier 1980, aff. 56/79, Siegfried Zelger* c. *Sebastiano Salinitri*, en ligne : <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=61979J0056> (consulté le 3 octobre 2001).

*C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 221/84, *Berghoefer GmbH*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 septembre 2001).

*C.J.C.E., 16 mars 1997, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA* c. *Hugo Trumpy SpA.,* en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 3 octobre 2001).

*C.J.C.E., 3 juillet 1997, aff. C-269/95, *Francesco Benincasa* c. *Dentalkit Srl*, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 30 avril 2002).

*C.J.C.E., 27 février 1997, aff. C-106/95, *Les Gravières Rhénanes SARL*, en ligne : <http://curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/fr/c2.htm> (consulté le 30 avril 2002).

*C.J.C.E., 16 juillet 1998, aff. C-210/96, *Gut Springenheide GmbH*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 5 juin 2002).

*C.J.C.E., 13 janvier 2000, aff. C-220/98, *Estée Lauder*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 5 juin 2002).

*C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *Oceano*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 27 septembre 2001).

*C.J.C.E., 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company S.A.* c. *Universal General Insurance Company*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr> (consulté le 1er mai 2002).

*C.J.C.E., 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH et Handelsvee BV e.a.,* en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 septembre 2001).

*C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-256/00, *Besix*, en ligne : <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr> (consulté le 26 juin 2002).

France

- **Cour de cassation**

*Cass. req., 16 janvier 1861, *Lizardi*, D.P. 1861.1.193, S. 1861.1. 305 (note Massé).

*Cass. civ, 20 juillet 1909, *Viditz*, Rev.dr.int.pr. 1909.900 (concl. Baudouin), D.P. 1911.1.185 (note Politis).

*Cass. civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co*., S. 1911.1.129 (note Lyon-Caen), (1911) Rev. dr. int.pr. 395.

*Cass. req., 24 juin 1912, *Escoffier* c. *Guillet*, D.P. 1912.I. Jurisprudence p. 363.

*Cass. civ., 17 mai 1927, D.P. 1928. I. 25 (note H. Capitant).

*Cass. civ., 19 février 1930, S. 1933.1.41 (note Niboyet).

*Cass. req., 5 février 1934, *Dromain* c. *Chanfrau*, G.P. 1934 (1ère sem.), Jurisprudence, p. 638, S. 1934.I.110.

*Cass. civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, (1950) Rev. crit. 609 (note Batiffol), D. 1951.749 (note Hamel), S. 1952.1.1 (note Niboyet), J.C.P. 1950.II.5812 (note J. Ph. Lévy).

*Cass. soc., 20 juillet 1954, JCP 1955 II. 8775 (note Rabut).

Cass. civ., 6 juillet 1959, (1959) Rev. crit. D.I.P. 708 (note Batiffol).

*Cass. civ., 19 octobre 1959, (1960) Rev. crit. D.I.P. 215 (note Y.L.), D. 1960.37 (note Holleaux).

*Cass. civ, 18 novembre 1959, (1960) Rev. crit. D.I.P. 83 (note Henri Batiffol).

*Cass. civ. 1re, 21 décembre 1960, D. 1961 (note Malaurie).

*Cass. civ. 1re, 7 mai 1963, JCP, éd. G, 1963.II.13405, (1964) JDI 82, (1963) Rev. crit. D.I.P. 615, D 1963 545.

*Cass. civ., 28 mai 1963, *Chaplin*, (1964) Rev. crit. 513 (note Loussouarn), J.D.I. 1963.1004 (note Goldman), J.C.P. 1963.II.13347 (note Malaurie), D. 1963.677.

*Cass. civ., 22 novembre 1966, Bull.civ. I, n° 519.

*Cass. civ. 1re, 4 juillet 1972, (1972) JDI 843 (note Oppetit), (1974) Rev. crit. D.I.P. 82 (note Level), (1974) Rev. arb. 89.

*Cass. com., 22 juin 1976, 4 Bull. civ. n° 420.

*Cass. com., 19 décembre 1978, *Société Europa Carton*, (1979) JDI 366 (note Hélène Gaudemet-Tallon).

*Cass. com., 7 janvier 1981, 4 Bull. civ. n° 14.

*Cass. civ. 1re , 9 octobre 1984, *Soc. Pabalk Ticaret Lte Sirketi c. Soc. anon. Norsolor*, D. 1985 101 (note Jean Robert).

*Cass. com., 20 novembre 1984, Bull. Civ. 1984.IV p. 253.

*Cass. civ. 1re, 6 février 1985, (1985) Rev. crit. D.I.P. 369, (1985) JDI 460 (note A. Huet), D. 1985. 469 (note J. Massip) I.R. 497 (obs. B. Audit), (1985) Rev. crit. D.I.P. 243 (chr. Ph. Francescakis).

*Cass. civ. 1ère, 19 novembre 1985, (1986) Rev. crit. D.I.P. 712 (note Y. Lequette), (1986) JDI 719 (note A. Huet), D. 1986, 362 (note Prévault) et Som. comm. 268 (obs. B. Audit), J.C.P. 1987.II.20810 (note P. Courbe).

* Cass. civ. 1re ch., 17 décembre 1985, *Cie de signaux électriques* c. *Sorelec*, (1986) Rev. crit. D.I.P. 537 (note H. Gaudemet-Tallon), D. 1986. Inf. rap. 265 (obs. B. Audit).

*Cass. civ. 1re , 28 avril 1987, D. 1987 455; JCP 1987.II.20893 (note Gilles Paisant).

*Cass. civ. 1re, 28 juin 1989, (1989) Rev. arb. 653, 2e arrêt (note Fouchard).

*Cass. civ. 1re, 11 octobre 1989, *Bomar Oil*, (1990) 1 Rev. arb. 134 (note C. Kessedjian).

*Cass. civ. 1re, *Compania Valenciana de Cementos Portland S.A.* c. *Primary Coal Inc.*, 22 octobre 1991, (1992) J.D.I. 177, (1992) Rev. arb. 457.

*Cass. civ 1re, 6 janvier 1993, D. 1993 237; JCP 1993.II.22007.

*Cass. civ. 1re, 9 novembre 1993, *Bomar Oil*, (1994) 1 Rev. arb. 108.(note Catherine Kessedjian).

Cass. civ. 1re, 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996 (1996) R.D.S. 229 (note Gilles Paisant).

*Cass. civ. 1re, 21 mai 1997, (1998) Rev. crit. D.I.P. 87 (note Vincent Heuzé), en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/1869.html> (consulté le 1er novembre 2001).

*Cass. com, 2 décembre 1997, JCP 1998.II.10097 (note Luce Grynbau, Pierre Catala et Pierre Yves Gautier), Bull n° 315, N° 95-14-251, en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/3819.html> (consulté le 17 mars 2002).

*Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, en ligne : <http://www.glose.org/Juris/7348.html> (consulté le 31 octobre 2001).

*Cass. com., 23 novembre 1999, no 1867P, *Sté Michenon* c. *Sté Art graphique imprimerie*, Juris-Data no 004067 (note G. Raymond), Bull n° 210, N° 96-21-869, en ligne : <http://glose.free.fr/Juris/3472.html> (consulté le 10 juillet 2002).

Cass. civ. 1re, 6 février 2001, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, no 2, chambres civiles, février 2001.

*<http://www.courdecassation.fr/_Annuaire/_BICC/490a499/494/cour/arret/Concl494.htm> (consulté le 26 mai 2002).

- **Cours d'appel**

*Poitiers, 24 janvier 1916, DP 1920.2.135.

*Paris, 26 avril 1985, (1985) Rev. arb. 311 (note Mezger), (1986) J.D.I. 175 (note Jacquet).

*Nancy, 26 juin 1986, J.C.P. ed. N 1987 (note Venandet).

Paris, 20 janvier 1987, *Bomar Oil*, (1987) Rev. arb. 482 (note Catherine Kessedjian).

*Paris, 29 mars 1991, (1991) Rev. arb. 479 (note Laurence Idot).

*Paris, 5 juillet 1991, J.C.P. éd. E 1991, Pan. 988.

*Versailles, 6 février 1991, (1991) Rev. crit. D.I.P. 745 (note P. Lagarde).

*Paris, 7 décembre 1994, D. 1995, somm. 318 (obs. Pizzio).

*Grenoble, 24 janvier 1996, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/caselaw/caselaw-1-28.pdf> (consulté le 2 mars 2000).

*Grenoble, 23 octobre 1996, *Des Bauches*, en ligne : <htttp://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/231096v.htm> (consulté le 25 septembre 2001).

- **Tribunaux de grande instance**

Tribunal de grande instance, Paris, 22 mai 2000, *UEJF et Licra* c. *Yahoo! Inc. et Yahoo France*, en ligne : <juriscom.net/text/jurisfr/cti/tgiparis2000522.htm#texte>, consulté le 15 octobre 2002.

*Tribunal de grande instance, Paris, 11 août 2000, *UEJF et Licra* c. *Yahoo! Inc. et Yahoo France*, <juriscom.net/text/jurisfr/cti/tgiparis2000522.htm#texte>, consulté le 15 octobre 2002.

Tribunal de grande instance, Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra* c. *Yahoo! Inc. et Yahoo France*, <juriscom.net/text/jurisfr/cti/tgiparis2000522.htm#texte>, consulté le 15 octobre 2002.

Royaume-Uni

**Butler Machine Tool Co. Ltd.* c. *Ex-cell-O Corporation*, [1979] 1 W.L.R. 401 (C.A.).

Re Helbert Wagg & Co., Ltd. Re Prudential Assurance Co., Ltd, [1956] 1 All. E.R. 129.

**Robinson* c. *Bland*, 1 Black.W. 257, 96 E.R. 141.

**Vita Food Products Inc.* v. *Unus Shipping Co*., [1939] 2 D.L.R. 1.

Autres

*Pratt & Whitney c. Malev Hungarian Airlines (C.S. Hongrie), traduit et reproduit dans (1993) 13 J.L. & Com. 31.

*Cour d'appel de Coblence, 17 septembre 1993, résumé CLOUT no 281, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html> (consulté le 18 avril 2002).

*Trib. gr. inst. Thessalonique 11113/1993, Armenopoulos 1994, 454, en ligne : <http://www.mfa.gr/hiifl/en/revue/revue48/pamboukis/keimeno.html> consulté le 16 décembre 1999).

*Cour de district de Munich, 8 février 1995, résumé CLOUT no 13, en ligne : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html> (consulté le 18 avril 2002).

**Sapphire International Petroleum Limited* c. *The National Iranian Oil Company* (1964) 13 I.C.L.Q. 1011

Sentence CCI no 5953, Journal du droit international, 117, 1090.

*CCI, 5. VI. 1996, en ligne : <http://www.unidroit.org/french/principles/caselaw/caselaw-1-28.pdf> (consulté le 2 mars 2000).

*Sentence CCI no 1250, (1980) V Yearbook Commercial Arbitration à la p. 168.

Divers

*Action Réseau Consommateur, « L'auto-réglementation en matière de commerce électronique: des principes à la pratique. Quel chemin reste-t-il à faire? », en ligne : <www.consommateur.qc.ca/fnacq/147.htm> consulté le 27 juin 2002

*Agence France-Presse, « Après l'euphorie, le doute s'intalle pour les commerces en ligne », en ligne : <http://www.multimedium.com/cgi-bin/nouvelles.cgi?Id=3677> (consulté le 7 juin 2002).

Andrews, S., *The Consumer Law Sourcebook 2000. Electronic Commerce and the Global Economy*, Washington, Electronic Privacy Information Center, 2000.

Andrieu, O. et Lafont D., *Internet et l'entreprise*, Paris, Eyrolles, 1996.

*Atias, Ch., *Théorie contre arbitraire*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

*Attali, J., dans ICC, *The World Business Agenda for Electronic Commerce – The new frontier of Cyberspace* , en ligne: <http://www.iccwbo.org/conferences/success_story.htm> (consulté le 27 novembre 1997).

*Audet, M. et Lépinay, S., « 2B or not 2B parce que désormais les affaires électroniques seront vos affaires », Fine Pointe.com, Cahier spécial MIM, vol. 5, no 3, septembre 2000 à la p. 18.

*« Autrans'98 – Interviews, Louis Pouzin, le "père" du réseau Cyclades », en ligne : <http://www.isoc.asso.fr/AUTRANS98/lpouzin.htm> (consulté le 3 mai 2001).

*Bachimont, B., « Du texte à l'hypotexte : les parcours de la mémoire documentaire », en ligne : <http://www.utc.fr/costech/docs/texte_hypotexte.pdf> (consulté le 1er juillet 2002).

*Badinter, R., « Ouverture des travaux » dans CCI, *Programme du 60e anniversaire de la Cour d'Arbitrage de la CCI*, Paris, ICC Publishing, 1984, 21

*Barbaras, R., (dir.), *L'espace lui-même*, Revue Épokhè no 4, Grenoble, Éditions Jérôme Million, 1994.

*Beck, R., « L'avenir des détaillants en ligne paraît très sombre » *Le Soleil* (13 avril 2000) B 5.

*Brousseau, É., « Commerce électronique : ce que disent les chiffres et ce qu'il faudrait savoir » (2000) 339-340 Économie et Statistique 147, en ligne : <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/chiffres/comelec/tbce/doss/pdf/insee2.pdf>, consulté le 12 octobre 2002.

*Champare, J.et Tournedouet, Y., « La visioconférence sur Internet » - 1995/1996, en ligne : <http://poseidon.artemis.jussieu.fr/visioconf/intro.html#present> (consulté le 11 avril 2000).

*« Chiffres-clés », *Le journal du Net*, 18 juin 2002, en ligne : <http://www.journaldunet.com/cc/04_ecommerce/ecom_btb_mde.shtml> (consulté le 12 octobre 2002).

*Code de l'internet, version du 11 février 1997, en ligne : <http://www.planete.net/code-internet/C110297.html> (consulté le 16 novembre 1997).

*Colombain, J., *La cyberculture*, Toulouse, Milan, 1997.

*Communiqué du ministre des Relations avec les citoyens et de l'Immigration du Québec, 21 novembre 2001, en ligne : <http://communiques.gouv.qc.ca/gouvqc/communiques/GPQF/Novembre2001/21/c9626.html> consulté le 22 novembre 2001

*« Coopération judiciaire en matière civile », en ligne : <http://europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l33054.htm> (consulté le 28 janvier 2002).

*Cornu, G., dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

*CRDPQ, *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, CRDPQ, 1985.

*Didier, E., *Langues et langages du droit*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.

*Dufour, A., *Internet*, 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

**Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*.

*Fdida, S., *Des autoroutes de l'information au cyberespace*, Paris, Flammarion, 1997.

*Finkielkraut, A., *L'imparfait du présent*, Paris, Gallimard, 2002.

*Gibson, W., *Neuromancer*, New York, Ace Books, 1984

Guédon, J.-Cl., *La planète cyber Internet et cyberespace*, Paris, Gallimard, 1996.

*Hafner, K. et Lyon, M., *Les sorciers du Net. Les origines de l'Internet*, Paris, Calmann-Lévy, 1999.

*Huitema, Ch., *Et Dieu créa l'Internet...*, Paris, Eyrolles, 1995.

*Industrie Canada, « L'entreprise virtuelle : Une réalité? », en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/bs00105f.html> (consulté le 9 mars 2002).

*Industrie Canada, « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique. Le cadre canadien », en ligne : <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/principesf.pdf> (consulté le 23 avril 2002).

*Interview d' Alex Serge Vieux, en ligne : <http://www.journalinformatique.com/itws/it_vieux.shtml> (consulté le 6 avril 2000).

*Interview de Pierre Faure, président de l'Association Française des Utilisateurs d'Unix et des systèmes ouverts (AFUU), en ligne : <http://www.journalinformatique.com/itws/it_faure.shtml> (consulté le 6 avril 2000).

*Labbé, É. et al., dir., *Guide juridique du commerçant électronique*, 2001, Juris international, en ligne : <http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf> (consulté le 20 mai 2002).

*Lalande, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 1, 3e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

*« La marche est haute avant que l'on ne fasse confiance aux cybercommerçants », Multimedium, novembre 2001, en ligne : <http://www.multimedium.com/cgi-bin/nouvelles.cgi?Id=5954> (consulté le 27 juin 2002).

*Langlois, M. et Gasch, S., *Le commerce électronique B to B – de l'EDI à Internet*, Paris, Dunod, 1999.

*Lapierre, V. et Leclerc, Y., *L'État du cybercommerce 1998-1996*, Montréal, Communications Vianet, 1998.

*« Le cyberconsommateur en chiffres », Réseau CEFRIO, en ligne : <http://www.cefrio.qc.ca/pdf/reseaucefriovol1no1.pdf> (consulté le 5 juin 2002).

*Le Goff, J., *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, 8ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

**Le Littré*.

**Le nouveau Petit Robert*, 2000.

Lévy, P., *Qu'est-ce que le virtuel?*, Paris, La Découverte, 1995.

*Lévy, P., *World Philosophie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000.

*Marsan, J.-S., « Un pâtissier se lance malgré lui dans l'EDI », en ligne :<http://www.mmedium.com/dossiers/edi/2.html> (consulté le 10 octobre 2000).

*Matte, S. « Hypertexte sur l'hypertexte », en ligne : <http://207.35.70.11/st-bernard/decouvre/hypertexte/trav1.html> (consulté le 9 février 2001).

*Mayrand, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.

Mercadal, B., *Droit des affaires – Contrats et droit de l'entreprise*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2000.

*Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (Canada), « Classification des logiciles livrés par voie électronique», 5 mai 2002, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_nonpaper-f.asp> (consulté le 11 juin 2002).

Moreau, J., *L'espace et le temps selon Aristote*, Padoue, Éditions Antenore, 1965.

*Morel, F., « L'EDI coopère davantage grâce aux extranets et intranets achats », le 27 septembre 1999, en ligne : <http://www.journalinformatique.com/99sept/990927extranetedi.shtml> (consulté le 6 avril 2000).

*Pascal, B., *Pensées*, Paris, Gallimard, 2000.

*Perec, G., *Espèces d'espaces*, Paris, Denoël-Gonthier, 1976.

*Pisani, F., « Les frontières du cyberespace », Internet–L'extase et l'effroi, *Le Monde diplomatique*, Manière de voir Hors-Série, Octobre 1996 à la p. 14

*Reid, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

*Roux, A., « Séminaire – Les organisations virtuelles » (10 juillet 1998), en ligne: <http://www.ebusiness.ch/Public/Fil/100.html> (consulté le 8 octobre 2000).

*Sawhney, M. et Kaplan, S., « Let's Get Vertical », en ligne : <http://www.business2.com/articles/1999/09/content/models.html> (consulté le 1er avril 2000).

*Teasdale, G., « L'hypertexte : historique et applications en bibliothéconomie », en ligne : <http://www.fas.umontreal.ca/EBSI/cursus/vol1no1/teasdale.html>, consulté le 9 février 2001.

*Télécommunications, services et industrie de l'information, Bulletin UE 10-1994, en ligne : <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/fr/9410/p102073.htm> (consulté le 29 mars 2000).

*Valéry, P., « La conquête de l'ubiquité » dans *Pièces sur l'Art, Œuvres complètes*, t.2, Paris, Gallimard, 1928.

*The CommerceNet/Nielsen Internet Demographic Survey, Internet Population, en ligne: <http://www.commerce.net/research/stats/wwwpop.html#IPOP> (consulté le 3 avril 2000.)

*Vandendorpe, Ch., *Du papyrus à l'hypertexte – Essai sur les mutations du texte et de la lecture*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1999.

*Tison, M., « Il y a toujours un avenir dans le commerce électronique » *Le Soleil* (20 mars 2001) B3

*Wautelet, M., *Les cyberconflits. Internet, Autoroutes de l'information et cyberespace : quelles menaces*?, Bruxelles, Éditions GRIP, 1998.

*« Le commerce électronique et la grande distribution en Île-de-France : l'essor des cybermarchés », Les Cahiers du Crocis, en ligne : <http://www.ccip.fr/eic/pdf/ecom_cybermarche.pdf> (consulté le 5 juin 2002)

*Institut de la statistique, « L'utilisation d'Internet par les ménages québécois en 2000 », en ligne : http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/savoir/pdf/analyse2000.pdf > (consulté le 5 juin 2002)

Sites Web

*AFNIC, Charte de nommage, en ligne : <http://www.nic.fr/enregistrement/nommage-fr.html> (consulté le 7 octobre 2002).

*Assemblée Nationale (France), en ligne : <http://www.assemblee-nat.fr/> (consulté le 15 octobre 2002)

*Autorité Canadienne pour les Enregistrements Internet, en ligne : <http://www.cira.ca/fr/home.html> (consulté le 22 mai 2001).

*Bibliothèque de l'Université Laval, en ligne : <http://arianeweb.ulaval.ca/web2/tramp2.exe/log_in?guest=guest&SETTING_KEY=French&Home_Library=1home&Screen=home.html&*serverNumber=0> (consulté le 30 janvier 2002).

*Carrefour, en ligne : <http://www.ooshop.fr/> (consulté le 22 mai 2002).

*Centre d'outillage L.B., en ligne : <http://www.lb.qc.ca/indexfrancais.html> (consulté le 22 mai 2002).

*CPGmarket.com, en ligne : <http://marketplace.mysap.com/cpgmarket/html/french/cpg.html> consulté le 11 octobre 2000)

*Conférence de La Haye en droit international privé. Adresse URL: http://www.his.com/~pildb/hague.html

*Darty, en ligne : <http//:www.darty.com/> (consulté le 26 février 2002).

*Délégation générale à la langue française, en ligne : <http://www.culture.fr/culture/dglf/> (consulté le 5 mai 2001).

*Dell : <http://www.euro.dell.com/countries/fr/fra/bsd/local/legal_terms.htm> (consulté le 20 avril 2001).

*Future Shop, en ligne : <http://www.futureshop.ca> (consulté le 13 mai 2002).

*Hewlett Packard, en ligne : <http://thenew.hp.com/country/ca/fre/prodserv.html> (consulté le 10 mai 2002).

*IANA, en ligne : <http://www.iana.org/> (consulté le 12 juin 2002).

*ICANN, en ligne : <http://www.icann.org/general/abouticann.htm>, <http://www.renater.fr/Projets/ICANN/>, <http://www.icann.org/registrars/accredited-list.html> (consultés le 22 mai 2001).

*Nations Unies. État des ratifications de la Convention de Vienne. Adresse URL : http://www.un.org/Depts/Treaty/final/ts2/newfiles/part_boo/x_boo/x_10.html

*Netglos, en ligne : <http://wwli.com/translation/netglos/glossary/french.html> (consulté le 29 mars 2000).

*Network Wizards , en ligne : <http://www.pictoris-interactive.fr/pages/affiche/presse.html> (consulté le 18 février 1998).

*Office de la Langue Française, en ligne : <http://www.ofl.gouv.qc.ca> (consulté le 29 mars 2000).

*Organisation Internationale des Consommateurs : <http://www.consumersinternational.org> (consulté le 26 mai 2001).

Unidroit, présentation, en ligne : <http://www.agora.stm.it/unidroit/english/presentation/pres.htm>(consulté le 10 décembre 1997).

Unidroit, présentation, en ligne : <http://itl.irv.uit.no/trade_law/papers/unidroit.html> (consulté le 10 décembre 1997).

*Université de Liège, Service de droit romain, en ligne : <http://www.ulg.ac.be/vinitor/SYL/S80.htm> (consulté le 25 avril 2000).

*Université Pace, Guide to the CISG Library, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/guide.html> (consulté le 13 juin 2002)

*Université Pace, Annotated text of the CISG, en ligne : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisg-toc.html> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://www.123shopping-bots.com/Ecommerce_agents/Shopbots/General/index.htm> (consulté le 8 juin 2002).

*<http://feynman.ulaval.ca/logi/presteleconf/index.html> (consulté le 11 avril 2000).

*<http://mail.yahoo.com> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://mail.justice.com> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://marketplace.mysap.com/cpgmarket/html/french/cpg.html> (consulté le 11 octobre 2000).

*<http://strategis.ic.gc.ca/sc_indps/sectors/frndoc/section3.html> (consulté le 10 octobre 2000).

*<http://store.apple.com/1-800-MY-APPLE/WebObjects/canadastore.woa> (consulté le 13 mai 2002).

*<http://www.amazon.com/exec/obidos/subst/home/redirect.html/104-9307209-1167960> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://www.blackorange.com> (consulté le 13 mai 2002).

*<http://www.business2.com/articles/1999/09/content/models.html> (consulté le 1er avril 2000).

*<http://www.cendirect.com/buyhp/main_fr/tab_16.asp?rSubCat=td4#shipping> (consulté le 14 mai 2002).

*<http://www.droit-technologie.org/articles/consumers_internetguide_fr.pdf> (consulté le 8 octobre 2000).

*<http://www.eBay.com> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://www.epoly.polymtl.ca/internet/fdescript.html> (consulté le 8 octobre 2000).

*<http://www.flower.com> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://www.hotmail.com> (consulté le 13 juin 2002).

*<http://www.institut.qc.ca/articles/leader_sept2000.html> (consulté le 8 octobre 2000).

*<http://www.lawnewsnetwork.com/> (consulté le 21 avril 2001).

*<http://www.ljx.com> (consulté le 21 avril 2001).

*<http://www.real.com > (consulté le 11 mai 2000).

*<http://www.rfi.fr/Kiosque/Mfi/Autrans/samedi/fiches/fiche41.htm> (consulté le 21 avril 2001)

*<http://www.travelocity.com> (consulté le 13 juin 2002).

Annexe 1 – Figures et tableaux

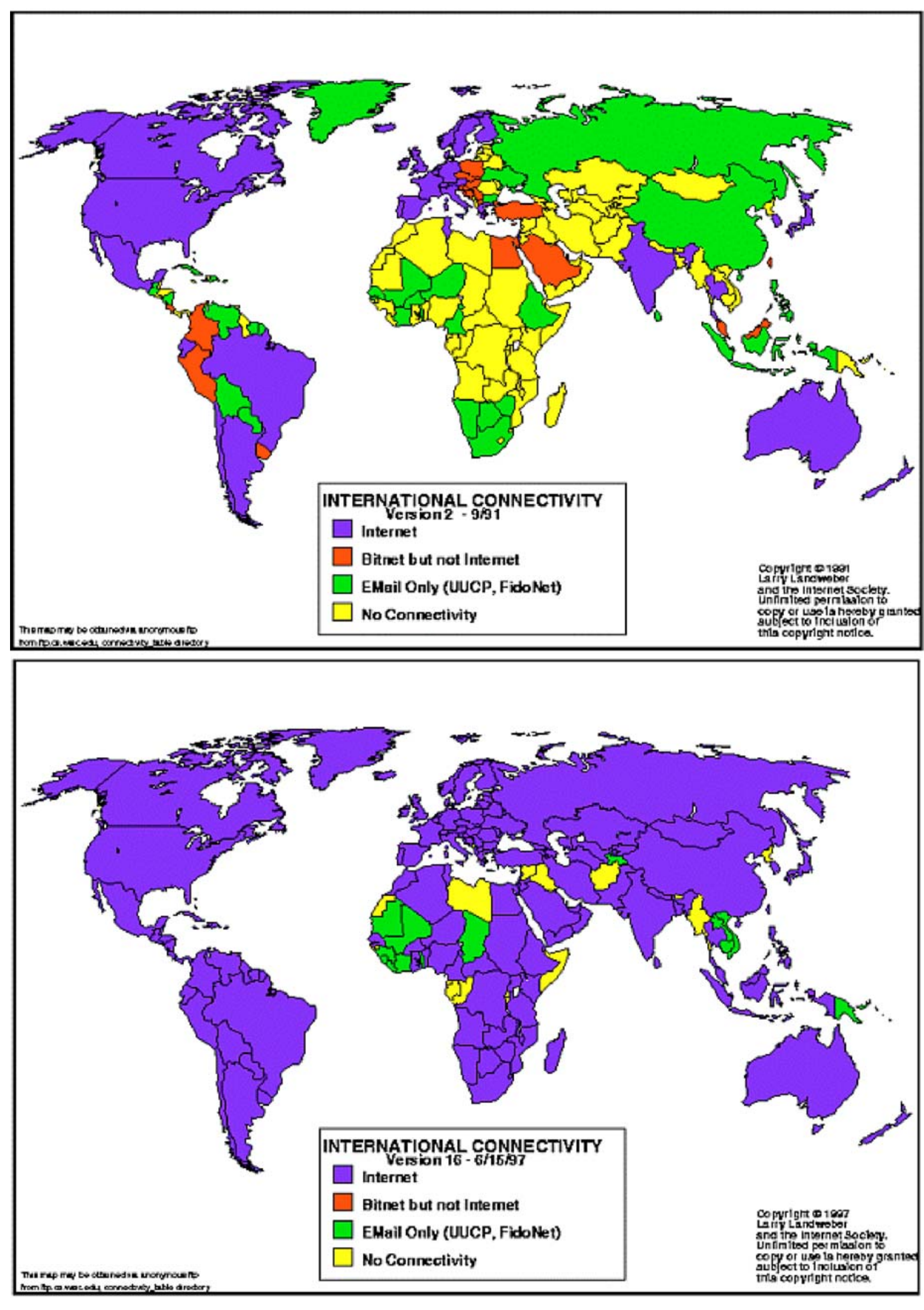


Figure 13: connexions

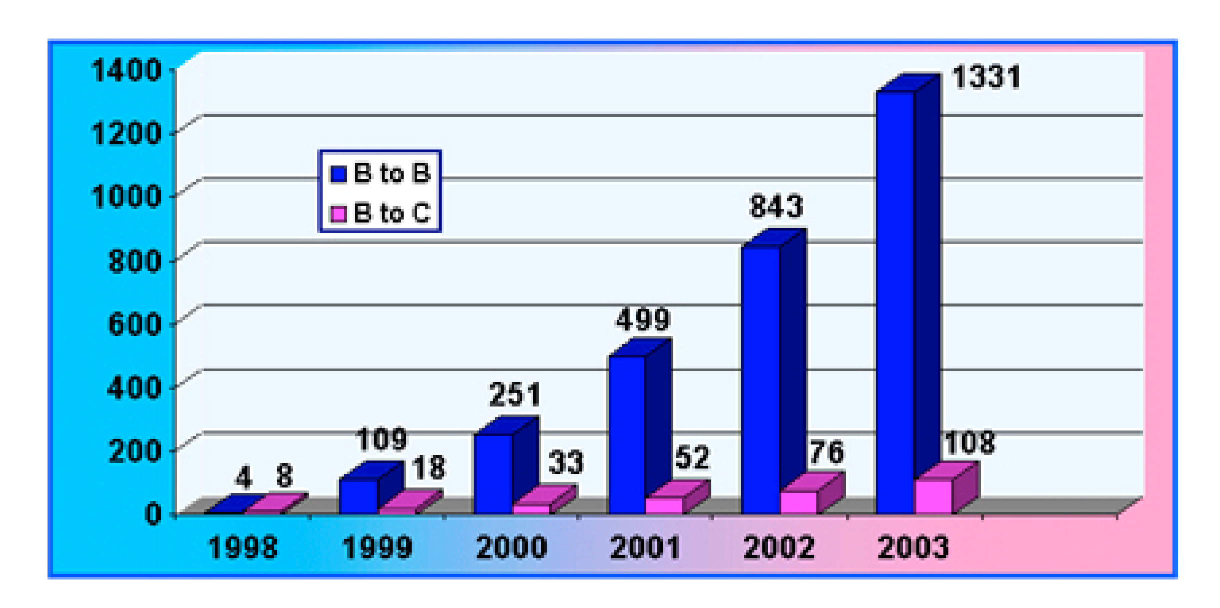


Figure 14: comparaison B-to-B / B-to-C

(source :inconnue)

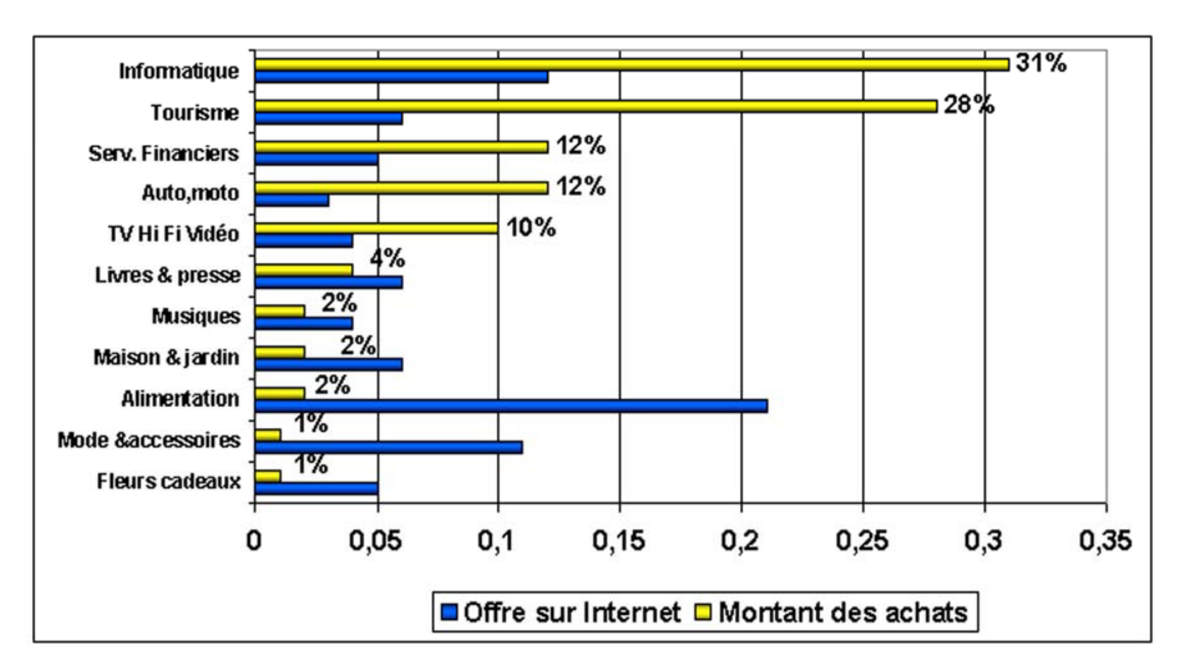


Figure 15: achats B-to-C en France en 1999

(source :http://www.finances.gouv.fr/electrophees/tableaudebord/indicweb.htm#124 consulté le 15 juin 2002)

Ventes globales (en milliards $ US)

Pays	1998	1999	2003	Sources
États-Unis	43	131	1550	Forrester
États-Unis		138	541	Yankee Group
Europe	7,15		176	Visa International

- En Europe, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et la France feront plus de 80% du commerce électronique B2B en 2003.

Ventes par industrie (en milliards $ US)

- aux États-Unis (enquête Forrester)

Secteurs	**1998**	**1999**	**2002**	**2003**
Électronique et informatique	19,7	50,4	319,1	395,3
Véhicules motorisés	3,7	9,3	114,3	212,9
Pétrochimie	4,7	10,3	96,8	178,3
Service public	7,1	15,4	110,6	169,5
Production administrative	1,3	2,9	31,1	65,2
Transport et entreposage	1,2	2,9	26	51,9
Agriculture et alimentation	0,3	3	26,3	53,6
Biens de consommation	1,4	2,9	26	51,9
Médecine/pharmacie	0,6	1,4	20	44,1
Construction	0,4	1,6	14,2	28,6
Industrie lourde	0,1	1,3	8,5	15,8
Équipement industriel	0,1	1,3	8,5	15,8
Défense et aérospatiale	2,5	6,6	34	38,2

- En Europe, les Services et l'Industrie sont les secteurs les plus largement concernés par le B2B, suivis des services gouvernementaux et de l'éducation. Parmi les volumes les plus significatifs, 39% qui concerneront des services liés à des entreprises de maintenance ou de réparation, comme dans le domaine de l'équipement informatique. Plus de 12% du B2B concernera des affaires liées au voyage, comme des réservations d'hôtel ou des locations de voiture (Visa International)

Source : http://www.mmedium.com/chiffrescles/interentreprises.html#a consulté le 4 mai 2000

Tableau 2: ventes interentreprises

Annexe 2 – Exemple de contrat

PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

CONDITIONS GÉNÉRALES de VENTE et de SERVICES DELL

1. **Définitions**

Vous (le Client) : personne achetant ou utilisant des Produits Dell.

Consommateur : particulier achetant des Produits pour son usage privé.

Nous (Dell) : Dell Computer, Société Anonyme, 351 528 229 RCS Montpellier. Ou nos Prestataires.

Matériels Intégrés : Produits Tiers ou Produits CFI (Custom Factory Integration : fabrication sur mesure en usine). Confirmation de commande : accusé de réception de votre commande envoyé par Dell.

Prix : prix de vente indiqué dans la Confirmation de commande.

Produit : décrit dans la Confirmation de commande. Peut inclure des Produits Tiers et une Offre de Services.

Offre de services : décrite dans la Confirmation de commande et/ou dans un descriptif de services Dell. Peut inclure conseils, marquage des Produits, installation, intégration ou formation.

Prestataires : Dell ou ses prestataires de services agréés.

Produits Tiers : produits non fabriqués par Dell décrits dans la Confirmation de commande

Logiciels : logiciels d'exploitation ou logiciels applicatifs.

2. **Champ d'application**

Ce contrat s'applique aux ventes ou prestations décrites dans nos publicités, catalogues tarifaires et devis, sur Internet ou par oral. Toute modification de ce contrat doit être faite par Dell par écrit. Toutes autres conditions d'achat sont exclues. En passant votre commande vous acceptez expressément ce contrat. Nous nous réservons la possibilité de le modifier.

3. **Commandes**

Nous acceptons les commandes sur Internet, par téléphone, courrier ou fax. Elles seront acceptées après Confirmation de commande écrite. Vous devez vérifier la Confirmation de commande et nous avertir immédiatement par écrit de toute erreur. Sinon ce contrat s'appliquera à ladite Confirmation de commande.

4. **Prix et conditions de paiement**

Seuls les devis écrits sont valables, pendant la durée indiquée. Si non, la durée est de 30 jours ; 10 jours pour les Produits Tiers. En raison de notre politique de mise à jour continue, les Produits peuvent être modifiés à tout moment, mais nous vous assurons des fonctionnalités ou performances au moins équivalentes.

Les prix sont hors taxes, frais d'expédition, d'assurance et d'installation. Les taux de change, frais douaniers, d'assurance, de transport et coûts d'achat des composants et services peuvent nous conduire à ajuster les prix à tout moment. Vous devez effectuer le paiement des factures à la commande ou, si nous l'acceptons, dans les 30 jours suivant la date de facture. Dell peut suspendre les livraisons ou prestations jusqu'au paiement complet du prix. Si vous payez en retard, les frais de recouvrement seront à votre charge et vous nous devrez des pénalités sur le montant dû, calculées sur la base de deux fois le taux d'intérêt légal français. Chèques et cartes de paiement ou de crédit sont acceptés sous réserve d'encaissement définitif.

5. **Livraison-Propriété-Risques**

Les délais de livraison sont indicatifs. Les livraisons peuvent être échelonnées. Le lieu de livraison est indiqué dans la Confirmation de commande. La propriété des Produits vous est transférée après paiement intégral du prix. Jusque là, vous devez assurer et entreposer nos Produits séparément, sans les modifier, les mettre en gage ou les vendre ; et Dell peut venir les reprendre. Si vous les vendiez avant transfert de propriété, vous deviendriez notre mandataire et le fruit de cette vente nous reviendra. Le transfert des risques a lieu dès livraison du Produit. Pour les seules ventes aux Consommateurs de Produits d'un montant supérieur à trois mille francs, la livraison est effectuée trente jours au maximum après Confirmation de commande. En cas de dépassement excédant sept jours le Consommateur dispose, conformément à la loi, de soixante jours après la date de livraison prévue pour dénoncer la vente.

6. **Acceptation**

La livraison est réputée effectuée dès mise à disposition du Produit par notre transporteur, matérialisée par son système de preuve de livraison. Vous devez vérifier les colis à l'arrivée et indiquer au transporteur toutes réserves justifiées, par lettre recommandée avec avis de réception dans les trois jours ouvrables après livraison. Si les Produits livrés ne sont pas conformes en nature ou en quantité au

descriptif de la Confirmation de commande, vous devez nous adresser vos réclamations dans les huit (8) jours suivant la livraison. Si le retour du Produit est accepté, vous devez le remettre dans son emballage, avec bon de retour et preuve d'achat. Vous supportez les frais de retour.

7. **Garantie**

Nous garantissons que les Produits (sauf les Produits Tiers) seront sans défaut pendant douze mois après livraison ; les pièces de rechange pendant 90 jours après installation. En cas de problème pendant cette période, nous réparerons ou remplacerons le Produit dans un délai raisonnable, compte tenu de la complexité du problème, de la disponibilité des pièces et des informations communiquées par vous. Le dépannage a lieu à notre choix dans vos locaux ou dans les nôtres. Dell reste propriétaire des Produits ou pièces remplacées. Dell fabrique et répare en utilisant des composants neufs ou équivalents, conformément aux pratiques industrielles.

Notre garantie ne couvre pas : (i) les dommages causés par l'installation, l'utilisation, les modifications ou réparations faites par un tiers non autorisé ou vous-même, (ii) les dommages dus à une cause externe, (iii) l'adéquation du Produit à tout usage particulier, (iv) les Produits Tiers, Logiciels et Matériels Intégrés spécifiés par vous ; leur garantie étant directement assurée par leur constructeur ou éditeur, (v) tout ordre que vous donnez correctement exécuté par Dell. Ces exclusions ne font pas obstacle à la garantie des vices cachés prévue aux articles 1641 et suivants du Code Civil, si le Produit est vendu à un Consommateur.

8. **Services**

Ils sont fournis par nous ou nos Prestataires. Les délais d'intervention sont estimatifs et dépendent de l'éloignement, l'accessibilité du Produit et de la préparation du site. Le service peut être fourni par téléphone ou Internet. Sauf si indiqué dans la Confirmation de commande, sont exclus du service les : composants exclus de garantie, modifications ou déplacements de configurations, maintenance préventive, consommables, disquettes, travaux que Dell n'estime pas nécessaire, environnement électrique, transfert de données ou logiciels, virus. Les Produits Tiers seront réparés par leurs constructeurs ou éditeurs. Vous acceptez que les pièces non essentielles au fonctionnement du Produit tels que charnières, battants, éléments décoratifs, trames, puissent être dépannées dans un délai excédant celui prévu dans l'Offre de services.

9. **CFI**

Dell notifiera la validation des Matériels Intégrés puis les intégrera dans le Produit (ceci constituant un Produit CFI) que nous pouvons installer selon vos instructions ou notre conseil si cela est convenu. Nous refuserons les travaux CFI infaisables techniquement.

10. Responsabilité

Nous pouvons être responsables des dommages matériels prouvés causés à des biens privés et des dommages corporels causés par notre négligence volontaire ou celle de nos Prestataires. Hors les dommages corporels, notre responsabilité est, de convention expresse et dans tous les cas, limitée au moins élevé des montants suivants : deux millions cinq cents mille francs ou le Prix.

Nous déclinons toute responsabilité pour : (i) les préjudices indirects ou immatériels que sont vos pertes financières et manques à gagner, ce que vous acceptez expressément, (ii) les dommages réparés par Dell dans un délai raisonnable, (iii) les dommages que vous pouviez éviter ou limiter par une action raisonnable telle que sauvegarde des données ou application de nos conseils, (iv) tous éléments exclus de garantie ou par force majeure.

11. Propriété Intellectuelle

Dell conserve ses droits de propriété intellectuelle dans les Produits. En cas de contrefaçon prouvée d'un Produit conçu et fabriqué par Dell, notre engagement est de l'échanger, le modifier ou le rembourser déduction faite de sa valeur de dépréciation. Dell est autorisé à négocier, conduire la procédure et vous nous devez de l'aide, à nos frais, lorsque le litige est lié à votre Produit. Vous devez nous notifier immédiatement toute réclamation pour contrefaçon ou usage non autorisé du Produit ou des droits de propriété intellectuelle qu'il contient. Vous nous indemnisez pour toute contrefaçon de droits de propriété intellectuelle spécifiés par vous ou sur lesquels vous avez des licences et intégrés dans les Produits.

12. Logiciels

Vous acceptez que les Logiciels qui ne sont pas la propriété de Dell soient fournis et régis conformément à la licence et à la garantie de leurs éditeurs. Les licences de Logiciels sont jointes au Produit et vous devez vous y conformer.

13. Contrôle export

Nous vous informons que les Produits peuvent contenir des technologies et Logiciels soumis aux lois sur le contrôle des exportations des USA et de l'Union Européenne ainsi qu'aux lois du pays où ils sont livrés ou utilisés. Vous devez respecter ces lois. Les Produits ne peuvent être vendus, loués ou transférés à des utilisateurs ou pays soumis à restriction, ou qui les utiliseraient à des fins de destruction massive ou de génocide. Les réglementations des USA et de l'Union Européenne varient régulièrement selon les Produits. Vous devez vous référer aux réglementations en vigueur.

14. **Force majeure**

Nous ne sommes pas responsables des retards d'exécution des livraisons ou prestations causés par des événements échappant à notre contrôle raisonnable et aurons droit à un délai supplémentaire en cas par exemple de : grèves, problèmes affectant nos fournisseurs, les transports ou notre production, fluctuations des taux de change, actes des autorités publiques, catastrophes naturelles. Si une telle situation dure plus de 2 mois, ce contrat pourra être résolu par l'une ou l'autre partie, sans indemnité.

15. **Confidentialité**

Chaque partie doit traiter les informations confidentielles reçues de l’autre avec la plus stricte confidentialité.

16. **Résiliation**

Nous pouvons résilier ce contrat si vous : (i) ne payez pas à la date prévue, cette résiliation étant effective 14 jours après préavis écrit, (ii) violez ou si Dell soupçonne que vous avez violé des lois sur le contrôle des exportations. Chaque partie peut résilier le contrat si l’autre : (i) commet un manquement grave ou persistant à ses obligations contractuelles et ne le répare pas dans les 30 jours suivant notification écrite, ou (ii) devient insolvable ou incapable de payer ses dettes.

17. **Vos obligations**

En tant que Client, vous êtes responsables :

(i) de votre propre choix du Produit et de son adéquation à l’usage que vous en ferez,
(ii) de vos frais téléphoniques et postaux lorsque vous contactez Dell,
(iii) des spécifications que vous donnez pour CFI,
(iv) des Matériels Intégrés, leurs performances et licences d’utilisation.
(v) de l’exécution des pré-requis techniques avant nos prestations, de la sauvegarde et confidentialité de vos données,
(vi) des déclarations réglementaires vous incombant.

Vous devez à nos personnels toute la courtoisie raisonnable, les informations, la coopération et les facilités d’accès propres à permettre l’exécution rapide de nos engagements ; faute de quoi nous en serions libérés.

18. **Protection des données**

Vous acceptez que les informations vous concernant soient conservées ou transférées conformément aux lois applicables sur la protection des données personnelles, et aux traitements informatiques gérés par Dell. Vous pouvez nous

demander de ne pas utiliser les informations vous concernant dans un but commercial.

19. **Droits du Consommateur**

Ce contrat ne modifie pas les droits législatifs impératifs accordés aux Consommateurs.

20. **Litiges**

#224; la loi française et à la seule compétence du Tribunal de Commerce de Paris, si le Client est commerçant. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises n'est pas applicable à ce contrat.

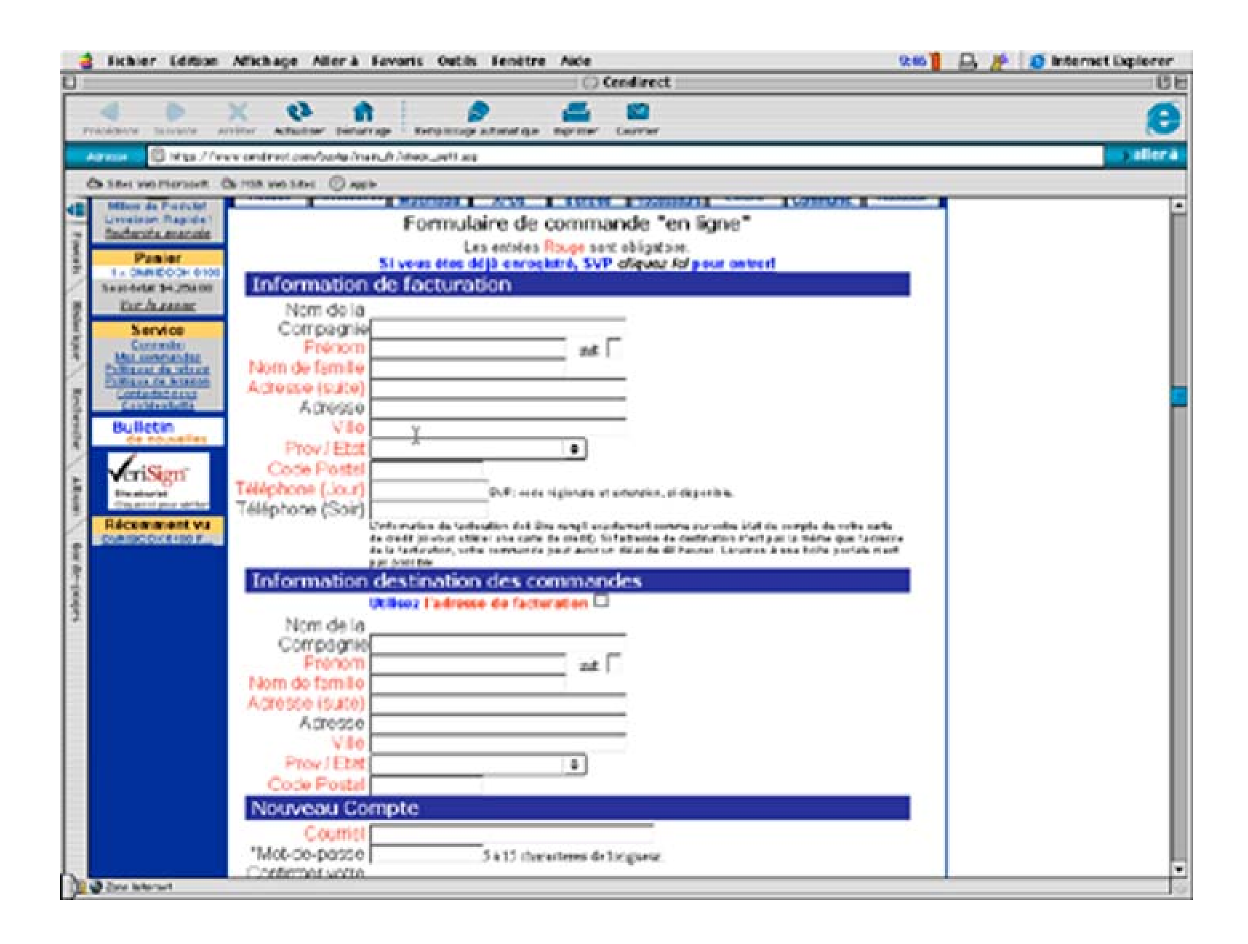
21. **Divers**

Si une clause du contrat est déclarée nulle par un tribunal, le reste s'applique. Dell peut sous-traiter ses engagements. A part cela, ce contrat ne peut être cédé ou transféré. Les notifications doivent être envoyées à un représentant légal de l'autre partie par écrit remis en mains propres, message électronique, télécopie ou courrier postal urgent réputé reçu 48 heures après, le cachet de la poste faisant foi.

22. Vous trouverez des informations mises à jour sur nos politiques et règles sur le site www.dell.com.

Nous nous réjouissons de vous avoir comme Client.

Conditions générales de Vente Politique de confidentialité


Fichier Edition Affichage Aller à Favoris Outils Fenêtre Aide
Internet Explorer
Cendirect
Formulaire de commande "en ligne"
Les entrées Rouge sont obligatoire.
Information de facturation
Nom de la Compagnie
Prénom
Nom de famille
Adresse (suite)
Adresse
Ville
Prov / Etat
Code Postal
Téléphone (Jour)
Téléphone (Soir)
Information destination des commandes
Nom de la Compagnie
Prénom
Nom de famille
Adresse (suite)
Adresse
Ville
Prov / Etat
Code Postal
Nouveau Compte
Courriel
*Mot-de-passe
Panier
Service
Bulletin
VeriSign

Annexe 3 – Extraits de codes et textes legislatifs

Règlement européen sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

France :
Code civil
Nouveau Code de procédure civile
Code de l'organisation judiciaire
Code de la consommation

Québec :
Code civil du Bas-Canada
Code civil du Québec
Code de procédure civile (1965)
Code de procédure civile (1992)
Loi sur la protection du consommateur

Règlement européen sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,
vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 61, point c), et son article 67, paragraphe 1,
vu la proposition de la Commission(1),
vu l'avis du Parlement européen(2),
vu l'avis du Comité économique et social(3),
considérant ce qui suit:
(1) La Communauté s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes est assurée. Pour mettre en place progressivement un tel espace, il convient que la Communauté adopte, entre autres, les mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile qui sont nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.
(2) Certaines différences entre les règles nationales en matière de compétence judiciaire et de reconnaissance des décisions rendent plus difficile le bon fonctionnement du marché intérieur. Des dispositions permettant d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de simplifier les formalités en vue de la reconnaissance et de l'exécution rapides et simples des décisions émanant des États membres liés par le présent règlement sont indispensables.
(3) Cette matière relève du domaine de la coopération judiciaire en matière civile au sens de l'article 65 du traité.
(4) Conformément au principe de subsidiarité et au principe de proportionnalité tels qu'énoncés à l'article 5 du traité, les objectifs du présent règlement ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire. Le présent règlement se limite au minimum requis pour atteindre ces objectifs et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin.
(5) Les États membres ont conclu le 27 septembre 1968, dans le cadre de l'article 293, quatrième tiret, du traité, la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui a été modifiée par les conventions relatives à l'adhésion des nouveaux États membres à cette convention(4) (ci-après dénommée "convention de Bruxelles"). Les États membres et les États de l'AELE ont conclu le 16 septembre 1988 la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui est une convention parallèle à la convention de Bruxelles de 1968. Ces conventions ont fait l'objet de travaux de révision et le Conseil a marqué son accord sur le contenu du texte révisé. Il y a lieu d'assurer la continuité des résultats obtenus dans le cadre de cette révision.
(6) Pour atteindre l'objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale, il est nécessaire et approprié que les règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions soient

déterminées par un instrument juridique communautaire contraignant et directement applicable.

(7) Il est important d'inclure dans le champ d'application matériel du présent règlement l'essentiel de la matière civile et commerciale, à l'exception de certaines matières bien définies.

(8) Il doit exister un lien entre les litiges couverts par le présent règlement et le territoire des États membres qu'il lie. Les règles communes en matière de compétence doivent donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un de ces États membres.

(9) Les défendeurs non domiciliés dans un État membre sont généralement soumis aux règles nationales de compétence applicables sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie et les défendeurs domiciliés dans un État membre non lié par le présent règlement doivent continuer à être soumis à la convention de Bruxelles.

(10) Aux fins de la libre circulation des jugements, les décisions rendues dans un État membre lié par le présent règlement doivent être reconnues et exécutées dans un autre État membre lié par le présent règlement, même si le débiteur condamné est domicilié dans un État tiers.

(11) Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelques cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement. S'agissant des personnes morales, le domicile doit être défini de façon autonome de manière à accroître la transparence des règles communes et à éviter les conflits de juridictions.

(12) Le for du domicile du défendeur doit être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter une bonne administration de la justice.

(13) S'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales.

(14) L'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente doit être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement.

(15) Le fonctionnement harmonieux de la justice commande de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter que des décisions inconciliables ne soient rendues dans deux États membres. Il importe de prévoir un mécanisme clair et efficace pour résoudre les cas de litispendance et de connexité et pour parer aux problèmes résultant des divergences nationales quant à la date à laquelle une affaire est considérée comme pendante. Aux fins du présent règlement, il convient de définir cette date de manière autonome.

(16) La confiance réciproque dans la justice au sein de la Communauté justifie que les décisions rendues dans un État membre soient reconnues de plein droit, sans qu'il soit nécessaire, sauf en cas de contestation, de recourir à aucune procédure.

(17) Cette même confiance réciproque justifie que la procédure visant à rendre exécutoire, dans un État membre, une décision rendue dans un autre État membre

soit efficace et rapide. À cette fin, la déclaration relative à la force exécutoire d'une décision devrait être délivrée de manière quasi automatique, après un simple contrôle formel des documents fournis, sans qu'il soit possible pour la juridiction de soulever d'office un des motifs de non-exécution prévus par le présent règlement.
(18) Le respect des droits de la défense impose toutefois que le défendeur puisse, le cas échéant, former un recours, examiné de façon contradictoire, contre la déclaration constatant la force exécutoire, s'il considère qu'un des motifs de non-exécution est établi. Une faculté de recours doit également être reconnue au requérant si la déclaration constatant la force exécutoire a été refusée.
(19) Pour assurer la continuité nécessaire entre la convention de Bruxelles et le présent règlement, il convient de prévoir des dispositions transitoires. La même continuité doit être assurée en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la convention de Bruxelles par la Cour de justice des Communautés européennes et le protocole de 1971(5) doit continuer à s'appliquer également aux procédures déjà pendantes à la date d'entrée en vigueur du présent règlement.
(20) Le Royaume-Uni et l'Irlande, conformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du présent règlement.
(21) Le Danemark, conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, ne participe pas à l'adoption du présent règlement, lequel ne lie donc pas le Danemark et n'est pas applicable à son égard.
(22) Étant donné que la convention de Bruxelles est en vigueur dans les relations entre le Danemark et les États membres liés par le présent règlement, cette Convention ainsi que le protocole de 1971 continuent à s'appliquer entre le Danemark et les États membres liés par le présent règlement.
(23) La Convention de Bruxelles continue également à s'appliquer en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité.
(24) Le même souci de cohérence commande que le présent règlement n'affecte pas les règles sur la compétence et la reconnaissance des décisions contenues dans des instruments communautaires spécifiques.
(25) Le respect des engagements internationaux souscrits par les États membres justifie que le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui portent sur des matières spéciales.
(26) Il convient d'apporter les assouplissements nécessaires aux règles de principe prévues par le présent règlement, pour tenir compte des particularités procédurales de certains États membres. À cette fin, il convient d'introduire dans le règlement certaines dispositions prévues par le protocole annexé à la convention de Bruxelles.
(27) Afin de permettre une transition harmonieuse dans certains domaines qui faisaient l'objet de dispositions particulières dans le protocole annexé à la convention de Bruxelles, le présent règlement prévoit, pendant une période transitoire, des dispositions prenant en considération la situation spécifique dans certains États membres.

(28) Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présentera un rapport sur son application et proposera éventuellement, s'il en est besoin, des propositions d'adaptation.
(29) La Commission devra modifier les annexes I à IV relatives aux règles de compétence nationales, aux juridictions ou autorités compétentes et aux voies de recours en se fondant sur les amendements transmis par l'État membre concerné. Les modifications apportées aux annexes V et VI devront être adoptées conformément à la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission(6),
A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:
CHAPITRE I
CHAMP D'APPLICATION
Article premier
1. Le présent règlement s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Il ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.
2. Sont exclus de son application:
a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
c) la sécurité sociale;
d) l'arbitrage.
3. Dans le présent règlement, on entend par "État membre" tous les États membres à l'exception du Danemark.
CHAPITRE II
COMPÉTENCE
Section 1
Dispositions générales
Article 2
1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.
2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux.
Article 3
1. Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre ne peuvent être attraites devant les tribunaux d'un autre État membre qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 7 du présent chapitre.
2. Ne peuvent être invoquées contre elles notamment les règles de compétence nationales figurant à l'annexe I.
Article 4
1. Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23.

2. Toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un État membre, peut, comme les nationaux, y invoquer contre ce défendeur les règles de compétence qui y sont en vigueur et notamment celles prévues à l'annexe I.

Section 2

Compétences spéciales

Article 5

Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre:

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,
- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas;

2) en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties;

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire;

4) s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile;

5) s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant le tribunal du lieu de leur situation;

6) en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le trust a son domicile;

7) s'il s'agit d'une contestation relative au paiement de la rémunération réclamé en raison de l'assistance ou du sauvetage dont a bénéficié une cargaison ou un fret, devant le tribunal dans le ressort duquel cette cargaison ou le fret s'y rapportant:

a) a été saisi pour garantir ce paiement, ou

b) aurait pu être saisi à cet effet, mais une caution ou une autre sûreté a été donnée,

cette disposition ne s'applique que s'il est prétendu que le défendeur a un droit sur la cargaison ou sur le fret ou qu'il avait un tel droit au moment de cette assistance ou de ce sauvetage.

Article 6

Cette même personne peut aussi être attraite:

1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a

intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément;
2) s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé;
3) s'il s'agit d'une demande reconventionnelle qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire, devant le tribunal saisi de celle-ci;
4) en matière contractuelle, si l'action peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur, devant le tribunal de l'État membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé.

Article 7

Lorsque, en vertu du présent règlement, un tribunal d'un État membre est compétent pour connaître des actions en responsabilité du fait de l'utilisation ou de l'exploitation d'un navire, ce tribunal ou tout autre que lui substitue la loi interne de cet État membre connaît aussi des demandes relatives à la limitation de cette responsabilité.

Section 3

Compétence en matière d'assurances

Article 8

En matière d'assurances, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5.

Article 9

1. L'assureur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attrait:
a) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou
b) dans un autre État membre, en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou un bénéficiaire, devant le tribunal du lieu où le demandeur a son domicile, ou
c) s'il s'agit d'un coassureur, devant le tribunal d'un État membre saisi de l'action formée contre l'apériteur de la coassurance.
2. Lorsque l'assureur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre.

Article 10

L'assureur peut, en outre, être attrait devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit s'il s'agit d'assurance de responsabilité ou d'assurance portant sur des immeubles. Il en est de même si l'assurance porte à la fois sur des immeubles et des meubles couverts par une même police et atteints par le même sinistre.

Article 11

1. En matière d'assurance de responsabilité, l'assureur peut également être appelé devant le tribunal saisi de l'action de la personne lésée contre l'assuré, si la loi de ce tribunal le permet.
2. Les dispositions des articles 8, 9 et 10 sont applicables en cas d'action directe intentée par la victime contre l'assureur, lorsque l'action directe est possible.
3. Si la loi relative à cette action directe prévoit la mise en cause du preneur d'assurance ou de l'assuré, le même tribunal sera aussi compétent à leur égard.

Article 12

1. Sous réserve des dispositions de l'article 11, paragraphe 3, l'action de l'assureur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, qu'il soit preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire.

2. Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

Article 13

Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1) postérieures à la naissance du différend, ou

2) qui permettent au preneur d'assurance, à l'assuré ou au bénéficiaire de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou

3) qui, passées entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions, ou

4) conclues par un preneur d'assurance n'ayant pas son domicile dans un État membre, sauf s'il s'agit d'une assurance obligatoire ou qui porte sur un immeuble situé dans un État membre, ou

5) qui concernent un contrat d'assurance en tant que celui-ci couvre un ou plusieurs des risques énumérés à l'article 14.

Article 14

Les risques visés à l'article 13, point 5, sont les suivants:

1) tout dommage:

a) aux navires de mer, aux installations au large des côtes et en haute mer ou aux aéronefs, causé par des événements survenant en relation avec leur utilisation à des fins commerciales;

b) aux marchandises autres que les bagages des passagers, durant un transport réalisé par ces navires ou aéronefs soit en totalité, soit en combinaison avec d'autres modes de transport;

2) toute responsabilité, à l'exception de celle des dommages corporels aux passagers ou des dommages à leurs bagages,

a) résultant de l'utilisation ou de l'exploitation des navires, installations ou aéronefs, conformément au point 1 a) visé ci-dessus, pour autant que, en ce qui concerne les derniers, la loi de l'État membre d'immatriculation de l'aéronef n'interdise pas les clauses attributives de juridiction dans l'assurance de tels risques;

b) du fait de marchandises durant un transport visé au point 1 b) énoncé ci-dessus;

3) toute perte pécuniaire liée à l'utilisation ou à l'exploitation des navires, installations ou aéronefs conformément au point 1 a) visé ci-dessus, notamment celle du fret ou du bénéfice d'affrètement;

4) tout risque lié accessoirement à l'un de ceux visés aux points 1 à 3 énoncés ci-dessus;

5) sans préjudice des points 1 à 4, tous les "grands risques" au sens de la directive 73/239/CEE du Conseil(7), modifiée par les directives 88/357/CEE(8) et 90/618/CEE(9), dans leur dernière version en vigueur.

Section 4

Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs

Article 15

1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:

a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;

b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;

c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.

Article 16

1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

3. Les dispositions du présent article ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

Article 17

Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1) postérieures à la naissance du différend, ou

2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou

3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

Section 5

Compétence en matière de contrats individuels de travail

Article 18
1. En matière de contrats individuels de travail, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 4 et de l'article 5, point 5.
2. Lorsqu'un travailleur conclut un contrat individuel de travail avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un État membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans cet État membre.
Article 19
Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attrait:
1) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou
2) dans un autre État membre:
a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou
b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.
Article 20
1. L'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile.
2. Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire conformément à la présente section.
Article 21
Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions attributives de juridiction:
1) postérieures à la naissance du différend, ou
2) qui permettent au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section.
Section 6
Compétences exclusives
Article 22
Sont seuls compétents, sans considération de domicile:
1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé.
Toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le locataire soit une personne physique et que le propriétaire et le locataire soient domiciliés dans le même État membre;
2) en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État membre, ou de validité des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État membre. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé;
3) en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel ces registres sont tenus;

4) en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument communautaire ou d'une convention internationale.
Sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets selon la convention sur la délivrance des brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973, les juridictions de chaque État membre sont seules compétentes, sans considération de domicile, en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet État;
5) en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution.
Section 7
Prorogation de compétence
Article 23
1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:
a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.
2. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.
4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust;
5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22.
Article 24
Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions du présent règlement, le juge d'un État membre devant lequel le défendeur comparaît est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de

contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22.

Section 8

Vérification de la compétence et de la recevabilité

Article 25

Le juge d'un État membre, saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État membre est exclusivement compétente en vertu de l'article 22, se déclare d'office incompétent.

Article 26

1. Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre est attrait devant une juridiction d'un autre État membre et ne comparaît pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement.

2. Le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile pour se défendre ou que toute diligence a été faite à cette fin.

3. L'article 19 du règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale(10) s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 2 si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un État membre à un autre en exécution de ce règlement.

4. Lorsque les dispositions du règlement (CE) no 1348/2000 ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis en exécution de cette convention.

Section 9

Litispendance et connexité

Article 27

1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

Article 28

1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

2. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin

d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

Article 29

Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de plusieurs juridictions, le dessaisissement a lieu en faveur de la juridiction première saisie.

Article 30

Aux fins de la présente section, une juridiction est réputée saisie:

1) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur, ou

2) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Section 10

Mesures provisoires et conservatoires

Article 31

Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

CHAPITRE III

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 32

On entend par décision, au sens du présent règlement, toute décision rendue par une juridiction d'un État membre quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès.

Section 1

Reconnaissance

Article 33

1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon les procédures prévues aux sections 2 et 3 du présent chapitre, que la décision doit être reconnue.

3. Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci est compétente pour en connaître.

Article 34

Une décision n'est pas reconnue si:

1) la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis;

2) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre,

à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire;
3) elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis;
4) elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.
Article 35
1. De même, les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions des sections 3, 4 et 6 du chapitre II ont été méconnues, ainsi que dans le cas prévu à l'article 72.
2. Lors de l'appréciation des compétences mentionnées au paragraphe précédent, l'autorité requise est liée par les constatations de fait sur lesquelles la juridiction de l'État membre d'origine a fondé sa compétence.
3. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 34, point 1, ne peut être appliqué aux règles de compétence.
Article 36
En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.
Article 37
1. L'autorité judiciaire d'un État membre devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.
2. L'autorité judiciaire d'un État membre devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours, peut surseoir à statuer.
Section 2
Exécution
Article 38
1. Les décisions rendues dans un État membre et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre État membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée.
2. Toutefois, au Royaume-Uni, ces décisions sont mises à exécution en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse ou en Irlande du Nord, après avoir été enregistrées en vue de leur exécution, sur requête de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas.
Article 39
1. La requête est présentée à la juridiction ou à l'autorité compétente indiquée sur la liste figurant à l'annexe II.
2. La compétence territoriale est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ou par le lieu de l'exécution.
Article 40
1. Les modalités du dépôt de la requête sont déterminées par la loi de l'État membre requis.

2. Le requérant doit faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction saisie. Toutefois, si la loi de l'État membre requis ne connaît pas l'élection de domicile, le requérant désigne un mandataire ad litem.
3. Les documents mentionnés à l'article 53 sont joints à la requête.
Article 41
La décision est déclarée exécutoire dès l'achèvement des formalités prévues à l'article 53, sans examen au titre des articles 34 et 35. La partie contre laquelle l'exécution est demandée ne peut, en cet état de la procédure, présenter d'observations.
Article 42
1. La décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire est aussitôt portée à la connaissance du requérant suivant les modalités déterminées par la loi de l'État membre requis.
2. La déclaration constatant la force exécutoire est signifiée ou notifiée à la partie contre laquelle l'exécution est demandée, accompagnée de la décision si celle-ci n'a pas encore été signifiée ou notifiée à cette partie.
Article 43
1. L'une ou l'autre partie peut former un recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire.
2. Le recours est porté devant la juridiction indiquée sur la liste figurant à l'annexe III.
3. Le recours est examiné selon les règles de la procédure contradictoire.
4. Si la partie contre laquelle l'exécution est demandée ne comparaît pas devant la juridiction saisie du recours formé par le requérant, les dispositions de l'article 26, paragraphes 2 à 4, sont d'application, même si la partie contre laquelle l'exécution est demandée n'est pas domiciliée sur le territoire de l'un des États membres.
5. Le recours contre la déclaration constatant la force exécutoire doit être formé dans un délai d'un mois à compter de sa signification. Si la partie contre laquelle l'exécution est demandée est domiciliée sur le territoire d'un autre État membre que celui dans lequel la déclaration constatant la force exécutoire a été délivrée, le délai est de deux mois et court à compter du jour où la signification a été faite à personne ou à domicile. Ce délai ne comporte pas de prorogation à raison de la distance.
Article 44
La décision rendue sur le recours ne peut faire l'objet que du recours visé à l'annexe IV.
Article 45
1. La juridiction saisie d'un recours prévu à l'article 43 ou 44 ne peut refuser ou révoquer une déclaration constatant la force exécutoire que pour l'un des motifs prévus aux articles 34 et 35. Elle statue à bref délai.
2. En aucun cas la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.
Article 46
1. La juridiction saisie d'un recours prévu à l'article 43 ou 44 peut, à la requête de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, surseoir à statuer, si la décision étrangère fait, dans l'État membre d'origine, l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour le former n'est pas expiré; dans ce dernier cas, la juridiction peut impartir un délai pour former ce recours.

2. Lorsque la décision a été rendue en Irlande ou au Royaume-Uni, toute voie de recours prévue dans l'État membre d'origine est considérée comme un recours ordinaire pour l'application du paragraphe 1.
3. Cette juridiction peut également subordonner l'exécution à la constitution d'une garantie qu'elle détermine.
Article 47
1. Lorsqu'une décision doit être reconnue en application du présent règlement, rien n'empêche le requérant de demander qu'il soit procédé à des mesures provisoires, ou conservatoires, prévues par la loi de l'État membre requis, sans qu'il soit nécessaire que cette décision soit déclarée exécutoire au sens de l'article 41.
2. La déclaration constatant la force exécutoire emporte l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires.
3. Pendant le délai du recours prévu à l'article 43, paragraphe 5, contre la déclaration constatant la force exécutoire et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci, il ne peut être procédé qu'à des mesures conservatoires sur les biens de la partie contre laquelle l'exécution est demandée.
Article 48
1. Lorsque la décision étrangère a statué sur plusieurs chefs de la demande et que la déclaration constatant la force exécutoire ne peut être délivrée pour le tout, la juridiction ou l'autorité compétente la délivre pour un ou plusieurs d'entre eux.
2. Le requérant peut demander que la déclaration constatant la force exécutoire soit limitée à certaines parties d'une décision.
Article 49
Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'État membre requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'État membre d'origine.
Article 50
Le requérant qui, dans l'État membre d'origine, a bénéficié en tout ou en partie de l'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et dépens bénéficie, dans la procédure prévue à la présente section, de l'assistance la plus favorable ou de l'exemption la plus large prévue par le droit de l'État membre requis.
Article 51
Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peuvent être imposés en raison, soit de la qualité d'étranger, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, à la partie qui demande l'exécution dans un État membre d'une décision rendue dans un autre État membre.
Article 52
Aucun impôt, droit ou taxe proportionnel à la valeur du litige n'est perçu dans l'État membre requis à l'occasion de la procédure tendant à la délivrance d'une déclaration constatant la force exécutoire.
Section 3
Dispositions communes
Article 53
1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité.

2. La partie qui sollicite la délivrance d'une déclaration constatant la force exécutoire d'une décision doit aussi produire le certificat visé à l'article 54, sans préjudice de l'article 55.

Article 54

La juridiction ou l'autorité compétente d'un État membre dans lequel une décision a été rendue délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe V du présent règlement.

Article 55

1. À défaut de production du certificat visé à l'article 54, la juridiction ou l'autorité compétente peut impartir un délai pour le produire ou accepter un document équivalent ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Article 56

Aucune légalisation ni formalité analogue n'est exigée en ce qui concerne les documents mentionnés à l'article 53, ou à l'article 55, paragraphe 2, ou, le cas échéant, la procuration ad litem.

CHAPITRE IV

ACTES AUTHENTIQUES ET TRANSACTIONS JUDICIAIRES

Article 57

1. Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État membre, conformément à la procédure prévue aux articles 38 et suivants. La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu des articles 43 ou 44 ne refuse ou révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis.

2. Sont également considérées comme des actes authentiques au sens du paragraphe 1, les conventions en matière d'obligations alimentaires conclues devant des autorités administratives ou authentifiées par elles.

3. L'acte produit doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité dans l'État membre d'origine.

4. Les dispositions de la section 3 du chapitre III sont applicables, en tant que de besoin. L'autorité compétente de l'État membre dans lequel un acte authentique a été reçu établit, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe VI du présent règlement.

Article 58

Les transactions conclues devant le juge au cours d'un procès et exécutoires dans l'État membre d'origine sont exécutoires dans l'État membre requis aux mêmes conditions que les actes authentiques. La juridiction ou l'autorité compétente d'un État membre dans lequel une transaction a été conclue délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe V du présent règlement.

CHAPITRE V

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 59

1. Pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne.
2. Lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État membre, applique la loi de cet État membre.
Article 60
1. Pour l'application du présent règlement, les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là ou est situé:
a) leur siège statutaire;
b) leur administration centrale, ou
c) leur principal établissement.
2. Pour le Royaume-Uni et l'Irlande, on entend par "siège statutaire" le registered office ou, s'il n'existe nulle part de registered office, le place of incorporation (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée.
3. Pour déterminer si un trust a son domicile sur le territoire d'un État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge applique les règles de son droit international privé.
Article 61
Sans préjudice de dispositions nationales plus favorables, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre et poursuivies pour une infraction involontaire devant les juridictions répressives d'un autre État membre dont elles ne sont pas les nationaux peuvent se faire défendre par les personnes habilitées à cette fin, même si elles ne comparaissent pas personnellement. Toutefois, la juridiction saisie peut ordonner la comparution personnelle; si celle-ci n'a pas eu lieu, la décision rendue sur l'action civile sans que la personne en cause ait eu la possibilité de se défendre pourra ne pas être reconnue ni exécutée dans les autres États membres.
Article 62
En Suède, dans les procédures sommaires concernant les injonctions de payer (betalningsföreläggande) et l'assistance (handräckning), les termes "juge", "tribunal" et "juridiction" comprennent le service public suédois de recouvrement forcé (kronofogdemyndighet).
Article 63
1. Une personne domiciliée sur le territoire du Luxembourg et attraite devant le tribunal d'un autre État membre en application de l'article 5, point 1, a la faculté de décliner la compétence de ce tribunal lorsque le lieu final de livraison de la marchandise ou de la prestation de service se situe au Luxembourg.
2. Lorsqu'en application du paragraphe 1, le lieu final de livraison de la marchandise ou de la prestation de service se situe au Luxembourg, toute convention attributive de juridiction, pour être valable, doit être acceptée par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, au sens de l'article 23, paragraphe 1, point a).
3. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux contrats de prestation de services financiers.
4. Les dispositions du présent article sont applicables pour une durée de six ans à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement.

Article 64
1. Dans les litiges entre le capitaine et un membre d'équipage d'un navire de mer immatriculé en Grèce ou au Portugal, relatif aux rémunérations ou autres conditions de service, les juridictions d'un État membre doivent contrôler si l'agent diplomatique ou consulaire dont relève le navire a été informé du litige. Elles peuvent statuer dès que cet agent a été informé.
2. Les dispositions du présent article sont applicables pour une durée de six ans à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement.
Article 65
1. La compétence judiciaire prévue à l'article 6, point 2, et à l'article 11 pour la demande en garantie ou la demande en intervention ne peut être invoquée ni en Allemagne ni en Autriche. Toute personne domiciliée sur le territoire d'un autre État membre peut être appelée devant les tribunaux:
a) d'Allemagne, en application de l'article 68 et des articles 72 à 74 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung) concernant la litis denuntiatio;
b) d'Autriche, conformément à l'article 21 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung) concernant la litis denuntiatio.
2. Les décisions rendues dans les autres États membres en vertu de l'article 6, point 2, et de l'article 11 sont reconnues et exécutées en Allemagne et en Autriche conformément au chapitre III. Les effets produits à l'égard des tiers, en application du paragraphe 1, par des jugements rendus dans ces États sont également reconnus dans les autres États membres.
CHAPITRE VI
DISPOSITIONS TRANSITOIRES
Article 66
1. Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur.
2. Toutefois, si l'action dans l'État membre d'origine a été intentée avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III:
a) dès lors que l'action dans l'État membre d'origine a été intentée après l'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles ou de la convention de Lugano à la fois dans l'État membre d'origine et dans l'État membre requis;
b) dans tous les autres cas, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues soit par le chapitre II, soit par une convention qui était en vigueur entre l'État membre d'origine et l'État membre requis au moment où l'action a été intentée.
CHAPITRE VII
RELATIONS AVEC LES AUTRES INSTRUMENTS
Article 67
Le présent règlement ne préjuge pas de l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions et qui sont contenues dans les actes communautaires ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.
Article 68

1. Le présent règlement remplace, entre les États membres, la convention de Bruxelles, sauf en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité.
2. Dans la mesure où le présent règlement remplace entre les États membres les dispositions de la convention de Bruxelles, toute référence faite à celle-ci s'entend comme faite au présent règlement.
Article 69
Sans préjudice des dispositions de l'article 66, paragraphe 2, et de l'article 70, le présent règlement remplace entre les États membres les conventions et le traité suivants:
- la convention entre la Belgique et la France sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Paris le 8 juillet 1899,
- la convention entre la Belgique et les Pays-Bas sur la compétence judiciaire territoriale, sur la faillite, ainsi que sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signée à Bruxelles le 28 mars 1925,
- la convention entre la France et l'Italie sur l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, signée à Rome le 3 juin 1930,
- la convention entre l'Allemagne et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 9 mars 1936,
- la convention entre la Belgique et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière d'obligations alimentaires, signée à Vienne le 25 octobre 1957,
- la convention entre l'Allemagne et la Belgique concernant la reconnaissance et l'exécution réciproques en matière civile et commerciale des décisions judiciaires, sentences arbitrales et actes authentiques, signée à Bonn le 30 juin 1958,
- la convention entre les Pays-Bas et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 17 avril 1959,
- la convention entre l'Allemagne et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions et transactions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à Vienne le 6 juin 1959,
- la convention entre la Belgique et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, sentences arbitrales et actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à Vienne le 16 juin 1959,
- la convention entre la Grèce et l'Allemagne sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements, transactions et actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à Athènes le 4 novembre 1961,
- la convention entre la Belgique et l'Italie concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et d'autres titres exécutoires en matière civile et commerciale, signée à Rome le 6 avril 1962,
- la convention entre les Pays-Bas et l'Allemagne sur la reconnaissance et l'exécution mutuelles des décisions judiciaires et autres titres exécutoires en matière civile et commerciale, signée à La Haye le 30 août 1962,

- la convention entre les Pays-Bas et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à La Haye le 6 février 1963,
- la convention entre la France et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à Vienne le 15 juillet 1966,
- la convention entre l'Espagne et la France sur la reconnaissance et l'exécution de jugements et de sentences arbitrales en matière civile et commerciale, signée à Paris le 28 mai 1969,
- la convention entre le Luxembourg et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes authentiques en matière civile et commerciale, signée à Luxembourg le 29 juillet 1971,
- la convention entre l'Italie et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, des transactions judiciaires et des actes notariés, signée à Rome le 16 novembre 1971,
- la convention entre l'Espagne et l'Italie en matière d'assistance judiciaire et de reconnaissance et d'exécution des jugements en matière civile et commerciale, signée à Madrid le 22 mai 1973,
- la convention entre la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède et le Danemark sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile, signée à Copenhague le 11 octobre 1977,
- la convention entre l'Autriche et la Suède sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile, signée à Stockholm le 16 septembre 1982,
- la convention entre l'Espagne et l'Allemagne sur la reconnaissance et l'exécution de décisions et transactions judiciaires, et d'actes authentiques exécutoires en matière civile et commerciale, signée à Bonn le 14 novembre 1983,
- la convention entre l'Autriche et l'Espagne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et transactions judiciaires et des actes authentiques exécutoires en matière civile et commerciale, signée à Vienne le 17 février 1984,
- la convention entre la Finlande et l'Autriche sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile, signée à Vienne le 17 novembre 1986, et
- le traité entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg sur la compétence judiciaire, sur la faillite, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, signé à Bruxelles le 24 novembre 1961, pour autant qu'il est en vigueur.

Article 70

1. Les conventions et le traité mentionnés à l'article 69 continuent à produire leurs effets dans les matières auxquelles le présent règlement n'est pas applicable.
2. Ils continuent à produire leurs effets en ce qui concerne les décisions rendues et les actes authentiques reçus avant l'entrée en vigueur du présent règlement.

Article 71

1. Le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions.
2. En vue d'assurer son interprétation uniforme, le paragraphe 1 est appliqué de la manière suivante:

a) le présent règlement ne fait pas obstacle à ce qu'un tribunal d'un État membre, partie à une convention relative à une matière particulière, puisse fonder sa compétence sur une telle convention, même si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre non partie à une telle convention. Le tribunal saisi applique, en tout cas, l'article 26 du présent règlement;
b) les décisions rendues dans un État membre par un tribunal ayant fondé sa compétence sur une convention relative à une matière particulière sont reconnues et exécutées dans les autres États membres conformément au présent règlement.
Si une convention relative à une matière particulière et à laquelle sont parties l'État membre d'origine et l'État membre requis détermine les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions, il est fait application de ces conditions. Il peut, en tout cas, être fait application des dispositions du présent règlement qui concernent la procédure relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions.

Article 72

Le présent règlement n'affecte pas les accords par lesquels les États membres se sont engagés, avant l'entrée en vigueur du présent règlement, en vertu de l'article 59 de la convention de Bruxelles, à ne pas reconnaître une décision rendue, notamment dans un autre État contractant à ladite convention, contre un défendeur qui a son domicile ou sa résidence habituelle dans un pays tiers lorsque, dans un cas prévu à l'article 4 de cette convention, la décision n'a pu être fondée que sur une compétence visée à l'article 3, deuxième alinéa, de cette même convention.

CHAPITRE VIII

DISPOSITIONS FINALES

Article 73

Au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur du présent règlement, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application du présent règlement. Ce rapport est accompagné, le cas échéant, de propositions visant à adapter le règlement.

Article 74

1. Les États membres notifient à la Commission les textes modifiant les listes figurant dans les annexes I à IV. La Commission adapte les annexes concernées en conséquence.
2. La mise à jour ou l'adaptation technique des formulaires, dont les modèles figurent dans les annexes V et VI, sont adoptées conformément à la procédure consultative visée à l'article 75, paragraphe 2.

Article 75

1. La Commission est assistée d'un comité.
2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE s'appliquent.
3. Le comité adopte son règlement intérieur.

Article 76

Le présent règlement entre en vigueur le 1er mars 2002.
Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Fait à Bruxelles, le 22 décembre 2000.
Par le Conseil
Le président
C. Pierret
(1) JO C 376 du 28.12.1999, p. 1.
(2) Avis rendu le 21 septembre 2000 (non encore paru au Journal officiel).
(3) JO C 117 du 26.4.2000, p. 6.
(4) JO L 299 du 31.12.1972, p. 32.
JO L 304 du 30.10.1978, p. 1.
JO L 388 du 31.12.1982, p. 1.
JO L 285 du 3.10.1989, p. 1.
JO C 15 du 15.1.1997, p. 1.
Pour le texte consolidé, voir JO C 27 du 26.1.1998, p. 1.
(5) JO L 204 du 2.8.1975, p. 28.
JO L 304 du 30.10.1978, p. 1.
JO L 388 du 31.12.1982, p. 1.
JO L 285 du 3.10.1989, p. 1.
JO C 15 du 15.1.1997, p. 1.
Pour le texte consolidé, voir JO C 27 du 26.1.1998, p. 28.
(6) JO L 184 du 17.7.1999, p. 23.
(7) JO L 228 du 16.8.1973, p. 3. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 181 du 20.7.2000, p. 65).
(8) JO L 172 du 4.7.1988, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2000/26/CE.
(9) JO L 330 du 29.11.1990, p. 44.
(10) JO L 160 du 30.6.2000, p. 37.

ANNEXE I

Règles de compétence nationales visées à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 4, paragraphe 2

Les règles de compétence nationales visées à l'article 3, paragraphe 2, et à l'article 4, paragraphe 2, sont les suivantes:
- en Belgique: l'article 15 du Code civil (Burgerlijk Wetboek) et l'article 638 du Code judiciaire (Gerechtelijk Wetboek),
- en Allemagne: l'article 23 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung),
- en Grèce: l'article 40 du Code de procédure civile (>ISO_7>Ê<thorn>äéêáò <ETH>ïëéôéê<THORN>ò Äéêïíïìßáò),
- >ISO_1>en France: les articles 14 et 15 du Code civil,
- en Irlande: les dispositions relatives à la compétence fondée sur un acte introductif d'instance signifié ou notifié au défendeur qui se trouve temporairement en Irlande,
- en Italie: les articles 3 et 4 de la loi 218 du 31 mai 1995,
- au Luxembourg: les articles 14 et 15 du Code civil,
- aux Pays-Bas: l'article 126, troisième alinéa, et l'article 127 du Code de procédure civile (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering),
- en Autriche: l'article 99 de la loi sur la compétence judiciaire (Jurisdiktionsnorm),

- au Portugal: les articles 65 et 65 A du Code de procédure civile (Código de Processo Civil) et l'article 11 du Code de procédure du travail (Código de Processo de Trabalho),
- en Finlande: le chapitre 10, article 1er, premier alinéa, deuxième, troisième et quatrième phrases, du Code de procédure judiciaire (oikeudenkäymiskaari/rättegångsbalken),
- en Suède: le chapitre 10, article 3, premier alinéa, première phrase, du Code de procédure judiciaire (rättegångsbalken),
- au Royaume-Uni: les dispositions relatives à la compétence fondée sur:

a) un acte introductif d'instance signifié ou notifié au défendeur qui se trouve temporairement au Royaume-Uni;

b) l'existence au Royaume-Uni de biens appartenant au défendeur;

c) la saisie par le demandeur de biens situés au Royaume-Uni.

ANNEXE II

Les juridictions ou autorités compétentes auprès desquelles les requêtes visées à l'article 39 sont présentées sont les suivantes:

- en Belgique, le tribunal de première instance ou rechtbank van eerste aanleg ou erstinstanzliches Gericht,
- en Allemagne, le président d'une chambre du Landgericht,
- en Grèce, le >ISO_7>ÌïíïìåëY´ò <ETH>ñùôïäéêåßï,
- >ISO_1>en Espagne, le Juzgado de Primera Instancia,
- en France, le président du Tribunal de grande instance,
- en Irlande, la High Court,
- en Italie, la Corte d'appello,
- au Luxembourg, le président du tribunal d'arrondissement,
- aux Pays-Bas, le président de l'arrondissementsrechtbank,
- en Autriche, le Bezirksgericht,
- au Portugal, le Tribunal de Comarca,
- en Finlande, le käräjäoikeus/tingsrätt,
- en Suède, le Svea hovrätt,
- au Royaume-Uni:

a) en Angleterre et au pays de Galles, la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court saisie par l'intermédiaire du Secretary of State;

b) en Écosse, la Court of Session ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Sheriff Court, saisie par l'intermédiaire du Secretary of State;

c) en Irlande du Nord, la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court saisie par l'intermédiaire du Secretary of State;

d) à Gibraltar, la Supreme Court de Gibraltar ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court saisie par l'intermédiaire de l'Attorney General de Gibraltar.

ANNEXE III

Les juridictions des États membres devant lesquelles les recours visés à l'article 43, paragraphe 2, sont portés sont les suivantes:

- en Belgique,

a) en ce qui concerne le recours du défendeur:
le tribunal de première instance ou rechtbank van eerste aanleg ou erstinstanzliches Gericht;
b) en ce qui concerne le recours du requérant:
la cour d'appel ou hof van beroep,
- en Allemagne, le Oberlandesgericht,
- en Grèce, le >ISO_7>Åöåôåßï,
- >ISO_1>en Espagne, la Audiencia Provincial,
- en France, la Cour d'appel,
- en Irlande, la High Court,
- en Italie, la Corte d'appello,
- au Luxembourg, la Cour supérieure de justice siégeant en matière d'appel civil,
- aux Pays-Bas:
a) pour le défendeur: l'arrondissementsrechtbank;
b) pour le requérant: le gerechtshof,
- en Autriche, le Bezirksgericht,
- au Portugal, le Tribunal de Relação,
- en Finlande, le hovioikeus/hovrätt,
- en Suède, le Svea hovrätt,
- au Royaume-Uni:
a) en Angleterre et au pays de Galles, la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court;
b) en Écosse, la Court of Session ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Sheriff Court;
c) en Irlande du Nord, la High Court of Justice ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court;
d) à Gibraltar, la Supreme Court de Gibraltar ou, s'il s'agit d'une décision en matière d'obligation alimentaire, la Magistrates' Court.

ANNEXE IV

Les recours qui peuvent être formés en vertu de l'article 44 sont les suivants:
- en Belgique, en Grèce, en Espagne, en France, en Italie, au Luxembourg et aux Pays-Bas, le pourvoi en cassation,
- en Allemagne, la Rechtsbeschwerde,
- en Irlande, le recours sur un point de droit devant la Supreme Court,
- en Autriche, le Revisionsrekurs,
- au Portugal, le recours sur un point de droit,
- en Finlande, le recours devant le Korkein oikeus/högsta domstolen,
- en Suède, le recours devant le Högsta domstolen,
- au Royaume-Uni, un seul recours sur un point de droit.

ANNEXE V

Certificat visé aux articles 54 et 58 du règlement concernant les décisions et transactions judiciaires
(Français, francés, French, francese, ...)
1. État membre d'origine:
2. Juridiction ou autorité compétente délivrant le certificat
2.1. Nom:
2.2. Adresse:

2.3. Tél./fax/e-mail:
3. Juridiction ayant prononcé la décision/approuvé la transaction judiciaire(1)
3.1. Type de juridiction:
3.2. Lieu de la juridiction:
4. Décision/transaction judiciaire(2)
4.1. Date:
4.2. Numéro de référence:
4.3. Les parties en cause:
4.3.1. Nom(s) du (des) demandeur(s):
4.3.2. Nom(s) du (des) défendeur(s):
4.3.3. Nom(s) de l'autre (des autres) partie(s), le cas échéant:
4.4. Date de la signification ou notification de l'acte introductif d'instance au cas où la décision a été rendue par défaut:
4.5. Texte de la décision/transaction judiciaire(3) annexé au présent certificat
5. Nom des parties ayant bénéficié de l'assistance judiciaire.
La décision/transaction judiciaire(4) est exécutoire dans l'État membre d'origine (articles 38 et 58 du règlement) contre:
Nom:
Fait à ..., date ...
Signature et/ou cachet ...
(1) Rayer la mention inutile.
(2) Rayer la mention inutile.
(3) Rayer la mention inutile.
(4) Rayer la mention inutile.
ANNEXE VI
Certificat visé à l'article 57, paragraphe 4, du règlement concernant les actes authentiques
(Français, francés, French, francese, ...)
1. État membre d'origine:
2. Autorité compétente délivrant le certificat
2.1. Nom:
2.2. Adresse:
2.3. Tél./fax/e-mail:
3: Autorité ayant conféré à l'acte son authenticité
3.1. Autorité intervenue dans l'établissement de l'acte authentique (s'il y a lieu):
3.1.1. Nom et désignation de l'autorité:
3.1.2. Lieu de l'autorité:
3.2. Autorité ayant enregistré l'acte authentique (s'il y a lieu):
3.2.1. Type d'autorité:
3.2.2. Lieu de l'autorité:
4. Acte authentique
4.1. Description de l'acte:
4.2. Date:
4.2.1. à laquelle l'acte a été établi:
4.2.2. si elle est différente: à laquelle l'acte a été enregistré:
4.3. Numéro de référence:
4.4. Les parties en cause:

4.4.1. Nom du créancier:
4.4.2. Nom du débiteur:
5. Texte de l'obligation exécutoire en annexe au présent certificat.
L'acte authentique est exécutoire contre le débiteur dans l'État membre d'origine (article 57, paragraphe 1, du règlement)
Fait à ..., date ...
Signature et/ou cachet ...

France

Code civil
<http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm>

DES PERSONNES
Des droits civils
14. L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.
15. Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

Du domicile
102. Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL
De l'effet des obligations
1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi.

De l'extinction des obligations
1247. Le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.
Les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir.
Hors ces cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

1307. La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.

DU COMPROMIS
2061. La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi.
Abrogé, remplacé par :
2061. - Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

Nouveau Code de procédure civile
<http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm>

LA COMPÉTENCE

La compétence territoriale

43. Le lieu où demeure le défendeur s'entend :

- s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence,
- s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie.

L'ARBITRAGE

La convention d'arbitrage

1442. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

1443. La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation.

1444. Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres.

Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l'a expressément prévu .

Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation.

1445. Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente.

1446. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

1492. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

1493. Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457.

1494. La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine.

Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.

1495. Lorsque l'arbitrage international est soumis à la loi française, les dispositions des titres I, II et III du présent livre ne s'appliquent qu'à défaut de convention particulière et sous réserve des articles 1493 et 1494.

1496. L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.

1497. L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission.

Code de l’organisation judiciaire
<http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm>

LES JURIDICTIONS SPÉCIALISÉES NON PÉNALES

L411-4. Les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;

2° Des contestations relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.

Code de la consommation
<http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codes1.htm>

CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS

Protection des consommateurs contre les clauses abusives

L132-1. Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa.

Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

Annexe : clauses visées au troisième alinéa de l'article L. 132-1.

1. Clauses ayant pour objet ou pour effet :

a) D'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel ;

b) D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui ;

c) De prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

d) De permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce ;

e) D'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ;

f) D'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat ;

g) D'autoriser le professionnel à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave ;

h) De proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur ;

i) De constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ;

j) D'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat ;

k) D'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir ;

l) De prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ;

m) D'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

n) De restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière ;

o) D'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes ;

p) De prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci ;

q) De supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

2. Portée des points g, j et l :

a) Le point g ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement ;

b) Le point j ne fait pas obstacle à des clauses selon lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de réaliser immédiatement le contrat.

Le point j ne fait pas non plus obstacle à des clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminée pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'en informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat ;

c) Les points g, j et l ne sont pas applicables aux :

- transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas ;
- contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises ;

d) Le point l ne fait pas obstacle aux clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix y soit explicitement décrit.

Du conflit des lois relatives aux clauses abusives

L135-1. Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté.

Québec

Code civil du Bas-Canada

TITRE PRÉLIMINAIRE
De la promulgation, de la distribution, de l'effet, de l'application, de l'interprétation et de l'exécution des lois en général
7. Les actes faits ou passés hors du Bas Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés.

8. Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

DES PERSONNES
Du domicile
79. Le domicile de toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement.

80. Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement.

Code civil du Québec <http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/frame/index.html>

DES PERSONNES
De certains éléments relatifs à l'état des personnes
75. Le domicile d'une personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement.
76. Le changement de domicile s'opère par le fait d'établir sa résidence dans un autre lieu, avec l'intention d'en faire son principal établissement.
La preuve de l'intention résulte des déclarations de la personne et des circonstances.
77. La résidence d'une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l'établissement du domicile, celle qui a le caractère principal.

De la capacité des personnes

157. Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels.
165. La simple déclaration faite par un mineur qu'il est majeur ne le prive pas de son action en nullité ou en réduction de ses obligations.

DES PERSONNES MORALES
De la personnalité
307. La personne morale a son domicile aux lieu et adresse de son siège.

DES BIENS
De la distinction des biens et de leur appropriation
899. Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles.

DES OBLIGATIONS
Des obligations en général
Du contrat
1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.
Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.
1384. Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite.
1385. Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.
Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet.

De la formation du contrat
1386. L'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne.
1387. Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires.
1394. Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la volonté des parties, de la loi ou de circonstances particulières, tels les usages ou les relations d'affaires antérieures.
1398. Le consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger.

1405. Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

Des effets du contrat entre les parties. De la force obligatoire et du contenu du contrat

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

1436. Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

1438. La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible.

Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.

Des modalités de l'obligation

1525 al. 3. Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.

De l'exécution de l'obligation

1566. Le paiement se fait au lieu désigné expressément ou implicitement par les parties.

Si le lieu n'est pas ainsi désigné, le paiement se fait au domicile du débiteur, à moins que ce qui est dû ne soit un bien individualisé, auquel cas le paiement se fait au lieu où le bien se trouvait lorsque l'obligation est née.

Des contrats nommés

De la convention d'arbitrage

2638. La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

2639. Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.
Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d'ordre public.
2640. La convention d'arbitrage doit être constatée par écrit; elle est réputée l'être si elle est consignée dans un échange de communications qui en atteste l'existence ou dans un échange d'actes de procédure où son existence est alléguée par une partie et non contestée par l'autre.
2641. Est nulle la stipulation qui confère à une partie une situation privilégiée quant à la désignation des arbitres.
2642. Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage.
2643. Sous réserve des dispositions de la loi auxquelles on ne peut déroger, la procédure d'arbitrage est réglée par le contrat ou, à défaut, par le Code de procédure civile.

DE LA PREUVE
De la connaissance d'office
2809. Le tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué. Il peut aussi demander que la preuve en soit faite, laquelle peut l'être, entre autres, par le témoignage d'un expert ou par la production d'un certificat établi par un jurisconsulte.
Lorsque ce droit n'a pas été allégué ou que sa teneur n'a pas été établie, il applique le droit en vigueur au Québec.

Des moyens de preuve
2862. La preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 $.
Néanmoins, en l'absence d'une preuve écrite et quelle que soit la valeur du litige, on peut prouver par témoignage tout acte juridique dès lors qu'il y a commencement de preuve; on peut aussi prouver par témoignage, contre une personne, tout acte juridique passé par elle dans le cours des activités d'une entreprise.
2865. Le commencement de preuve peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué.

DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
Dispositions générales
3078. La qualification est demandée au système juridique du tribunal saisi; toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée à la loi du lieu de leur situation.

Lorsque le tribunal ignore une institution juridique ou qu'il ne la connaît que sous une désignation ou avec un contenu distincts, la loi étrangère peut être prise en considération.
3079. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.
Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application.
3080. Lorsqu'en vertu des règles du présent livre la loi d'un État étranger s'applique, il s'agit des règles du droit interne de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflits de lois.
3081. L'application des dispositions de la loi d'un État étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales.
3082. À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre État. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.
3082. À titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre n’est pas applicable si, compte tenu de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n’a qu’un lien éloigné avec cette loi et qu’elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d’un autre État. La présente disposition n’est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique.

Des conflits de lois
Du statut personnel
3083. L'état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile.
L'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle s'exerce.
3087. La personne morale qui est partie à un acte juridique ne peut pas invoquer les restrictions au pouvoir de représentation des personnes qui agissent pour elle si ces restrictions n’existaient pas selon la loi de l’État du domicile de l’autre partie lorsque l’acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n’ait connu ou dû connaître ces restrictions en raison de sa fonction ou de sa relation avec la partie qui les invoque.

Du statut des obligations
3109. La forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé.
Est néanmoins valable l'acte qui est fait dans la forme prescrite par la loi applicable au fond de cet acte ou par celle du lieu où, lors de sa conclusion, sont situés les biens qui en font l'objet ou, encore, par celle du domicile de l'une des parties lors de la conclusion de l'acte.

Une disposition testamentaire peut, en outre, être faite dans la forme prescrite par la loi du domicile ou de la nationalité du testateur soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès.

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

3112. En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte.

3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

3114. En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un meuble corporel est régie par la loi de l'État où le vendeur avait sa résidence ou, si la vente est conclue dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement, au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, la vente est régie par la loi de l'État où l'acheteur avait sa résidence ou son établissement, au moment de la conclusion du contrat, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

1° Des négociations ont été menées et le contrat a été conclu dans cet État;

2° Le contrat prévoit expressément que l'obligation de délivrance doit être exécutée dans cet État;

3° Le contrat est conclu sous les conditions fixées principalement par l'acheteur, en réponse à un appel d'offres.

En l'absence de désignation par les parties, la vente d'un immeuble est régie par la loi de l'État où il est situé.

3117. Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation.

3119. Malgré toute convention contraire, le contrat d'assurance qui porte sur un bien ou un intérêt situé au Québec ou qui est souscrit au Québec par une personne qui y réside, est régi par la loi du Québec dès lors que le preneur en fait la demande au Québec ou que l'assureur y signe ou y délivre la police.

De même, le contrat d'assurance collective de personnes est régi par la loi du Québec, lorsque l'adhérent a sa résidence au Québec au moment de son adhésion.
Toute somme due en vertu d'un contrat d'assurance régi par la loi du Québec est payable au Québec.
3121. En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule.
3128. La responsabilité du fabricant d'un bien meuble, quelle qu'en soit la source, est régie, au choix de la victime:
1° Par la loi de l'État dans lequel le fabricant a son établissement ou, à défaut, sa résidence;
2° Par la loi de l'État dans lequel le bien a été acquis.
3129. Les règles du présent code s'appliquent de façon impérative à la responsabilité civile pour tout préjudice subi au Québec ou hors du Québec et résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec, soit de son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non.

De la compétence internationale des autorités du Québec
Dispositions générales
3134. En l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec.
3135. Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.
3136. Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec.
3139. L'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle.
3140. En cas d'urgence ou d'inconvénients sérieux, les autorités québécoises sont compétentes pour prendre les mesures qu'elles estiment nécessaires à la protection d'une personne qui se trouve au Québec ou à la protection de ses biens s'ils y sont situés.

Dispositions particulières
3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:
1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;
3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;
5° Le défendeur a reconnu leur compétence.
Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.
3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.
3151. Les autorités québécoises ont compétence exclusive pour connaître en première instance de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 3129.

De la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères et de la compétence des autorités étrangères.
De la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères
3155. Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants:
1° L'autorité de l'État dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente suivant les dispositions du présent titre;
2° La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire, ou n'est pas définitive ou exécutoire;
3° La décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure;
4° Un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendant devant une autorité québécoise, première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec;
5° Le résultat de la décision étrangère est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales;
6° La décision sanctionne des obligations découlant des lois fiscales d'un État étranger.

De la compétence des autorités étrangères
3164. La compétence des autorités étrangères est établie suivant les règles de compétence applicables aux autorités québécoises en vertu du titre troisième du présent livre dans la mesure où le litige se rattache d'une façon importante à l'État dont l'autorité a été saisie.
3165. La compétence des autorités étrangères n'est pas reconnue par les autorités québécoises dans les cas suivants:
1° Lorsque, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, le droit du Québec attribue à ses autorités une compétence exclusive pour connaître de l'action qui a donné lieu à la décision étrangère;

2° Lorsque le droit du Québec admet, en raison de la matière ou d'une convention entre les parties, la compétence exclusive d'une autre autorité étrangère;
3° Lorsque le droit du Québec reconnaît une convention par laquelle la compétence exclusive a été attribuée à un arbitre.
3168. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants:
1° Le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue;
2° Le défendeur avait un établissement dans l'État où la décision a été rendue et la contestation est relative à son activité dans cet État;
3° Un préjudice a été subi dans l'État où la décision a été rendue et il résulte d'une faute qui y a été commise ou d'un fait dommageable qui s'y est produit;
4° Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées;
5° Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée;
6° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Code de procédure civile (1965)

RÈGLES APPLICABLES À TOUTES LES DEMANDES EN JUSTICE
Du lieu d'introduction de l'action
68. Sous réserve des dispositions des article 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée :
1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu.
Si le défendeur n'est pas domicilié dans la province, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;
2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;
3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.
Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE (1992)
<http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/frame/index.html>

RÈGLES APPLICABLES À TOUTES LES DEMANDES EN JUSTICE

Du lieu d'introduction de l'action

68. Sous réserve des dispositions du présent chapitre et des dispositions du livre X au Code civil du Québec, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 83 du Code civil du Québec, devant celui de son domicile élu.

Si le défendeur n'est pas domicilié au Québec, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;

3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.

Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement.

PROCÉDURE ORDINAIRE EN PREMIÈRE INSTANCE

Contestation de l'action

Des moyens préliminaires. Dispositions générales

161. Les moyens prévus à l'article 163 et aux paragraphes 1, 4 et 8 de l'article 168 doivent être proposés ensemble dans les cinq jours de la date de l'expiration du temps fixé pour comparaître ou de l'avis prévu à l'article 152.

Le tribunal prononce d'abord sur l'exception déclinatoire: s'il la rejette, il prononce en même temps sur les autres moyens soumis; s'il la déclare bien fondée et ordonne le renvoi, les autres moyens sont jugés ensemble par le tribunal compétent.

Moyens déclinatoires

163. Le défendeur assigné devant un tribunal autre que celui où la demande eût dû être portée, peut demander le renvoi devant le tribunal compétent relevant de l'autorité législative du Québec, ou, à défaut, le rejet de la demande.

164. L'absence de compétence d'attribution peut être soulevée en tout état de cause et peut même être déclarée d'office par le tribunal, qui adjuge les dépens selon les circonstances.

DES ARBITRAGES

De la tenue de l'arbitrage. Dispositions générales

940. Les dispositions du présent Titre s'appliquent à un arbitrage lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires. Cependant, on ne peut déroger aux dispositions contenues aux articles 940.2, 941.3, 942.7, 943.2, 945.8 et 946 à 947.4, ni à l'article 940.5 lorsque la signification a pour objet une procédure judiciaire.

940.1. Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.

940.6. Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extraprovincial ou international, le présent Titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte:

1° de la Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international;

2° du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985;

3° du Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

Déroulement de l'arbitrage

944.10. Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils estiment appropriées et, s'il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts.

Ils ne peuvent agir en qualité d'amiables compositeurs que si les parties en ont convenu.

Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables.

DE LA RECONNAISSANCE ET DE L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES RENDUES HORS DU QUÉBEC

948. Le présent Titre s'applique à une sentence arbitrale rendue hors du Québec qu'elle ait été ou non confirmée par une autorité compétente.

Il s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international à New York.

949. La sentence arbitrale est reconnue et exécutée si l'objet du différend peut être réglé par arbitrage au Québec et si sa reconnaissance et son exécution ne sont pas contraires à l'ordre public.

LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR
<http://publicationsduquebec.gouv.qc.ca/fr/frame/index.html>

TITRE PRÉLIMINAIRE
Interprétation et application
1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :
e) « consommateur » : une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce.

CONTRATS RELATIFS AUX BIENS ET AUX SERVICES
Dispositions générales
19. Une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite.
20. Un contrat à distance est un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont pas en présence l'un de l'autre ni lors de l'offre, qui s'adresse à un ou plusieurs consommateurs, ni lors de l'acceptation, à la condition que l'offre n'ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé.

DISPOSITIONS RELATIVES À CERTAINS CONTRATS
Contrats conclus par un commerçant itinérant
55. Un commerçant itinérant est un commerçant qui, en personne ou par représentant, ailleurs qu'à son adresse:
a) sollicite un consommateur déterminé en vue de conclure un contrat; ou
b) conclut un contrat avec un consommateur.
57. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, ne constitue pas un contrat conclu par un commerçant itinérant, le contrat conclu à l'adresse du consommateur à la demande expresse de ce dernier, à la condition que ce contrat n'ait pas été sollicité ailleurs qu'à l'adresse du commerçant.
58. Le contrat doit être constaté par écrit et indiquer:
a) le numéro de permis du commerçant itinérant;
b) le nom, l'adresse, le numéro de téléphone ainsi que, le cas échéant, l'adresse électronique et le numéro de télécopieur de chaque établissement du

commerçant itinérant au Québec et de chaque représentant du commerçant itinérant qui a signé le contrat;

b.1) le nom, l'adresse et le numéro de téléphone du consommateur ainsi que, le cas échéant, son adresse électronique et son numéro de télécopieur;

c) la date de la formation du contrat et l'adresse où il est signé;

d) la description de chaque bien faisant l'objet du contrat, y compris, le cas échéant, sa quantité et l'année du modèle ou une autre marque distinctive, de même que la durée de chaque service prévu par le contrat;

e) le prix comptant de chaque bien ou service;

f) le montant de chacun des droits exigibles en vertu d'une loi fédérale ou provinciale;

g) le total des sommes que le consommateur doit débourser en vertu du contrat;

g.1) le cas échéant, les modalités de paiement; dans le cas d'un contrat de crédit, ces modalités sont indiquées de la façon prévue à l'annexe 3, 5 ou 7;

g.2) la fréquence et la date de chaque livraison et de chaque prestation d'un service, de même que la date prévue pour la dernière livraison ou prestation;

g.3) le cas échéant, la description de chaque bien reçu en échange ou en acompte et de sa quantité ainsi que le prix convenu pour chaque bien;

h) la faculté accordée au consommateur de résoudre le contrat à sa seule discrétion dans les dix jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat;

i) toute autre mention prescrite par règlement.

Formule annexée.

Le commerçant doit annexer au double du contrat qu'il remet au consommateur un Énoncé des droits de résolution du consommateur et un formulaire de résolution conformes au modèle de l'annexe 1.

CONTRATS RELATIFS AUX AUTOMOBILES ET AUX MOTOCYCLETTES

Contrats de vente ou de louage à long terme d'automobiles d'occasion et de motocyclettes d'occasion

158. Le contrat de vente doit être constaté par écrit et indiquer:

a) le numéro de la licence délivrée au commerçant en vertu du Code de la sécurité routière (chapitre C-24.2);

b) le lieu et la date du contrat;

c) le nom et l'adresse du consommateur et ceux du commerçant;

d) le prix de l'automobile;

e) les droits exigibles en vertu d'une loi fédérale ou provinciale;

f) le total des sommes que le consommateur doit débourser en vertu du contrat; et

g) les caractéristiques de la garantie.

PRATIQUES DE COMMERCE

229. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, à l'occasion de la sollicitation ou de la conclusion d'un contrat, faire

une fausse représentation concernant la rentabilité ou un autre aspect d'une occasion d'affaires offerte à un consommateur.

PREUVE, PROCÉDURE ET SANCTIONS

Preuve et procédure

262. À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi.